

**Denis LEVY  
Anne GED**

# **PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ DANS LE SECTEUR DE L'ÉLECTRICITÉ**

**MAÎTRISER LES RELATIONS  
CONTRACTUELLES ENTRE  
COLLECTIVITÉS PUBLIQUES  
ET OPÉRATEURS PRIVÉS  
VOLUME I**

**15**

COLLECTION **POINTS DE REPÈRE**



**Les publications de l'IEPF**





**PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ  
DANS LE SECTEUR  
DE L'ÉLECTRICITÉ**

**MAÎTRISER LES RELATIONS  
CONTRACTUELLES ENTRE  
COLLECTIVITÉS PUBLIQUES  
ET OPÉRATEURS PRIVÉS - VOLUME I**

**Comité éditorial:**

Direction : Sibi Bonfils, Directeur adjoint, IEPF

Coordination : Chantal Guertin, Responsable de projet, IEPF

Communication : Louis-Noël Jail, Responsable du service information et documentation, IEPF

**Révision linguistique:**

Carole Noël

**Mise en page:**

Communications Science-Impact

**Photo de la page couverture:**

Le barrage de Manantali en République du Mali

Source: SOGEM

ISBN 978-2-89481-044-6

© Institut de l'énergie et de l'environnement  
de la Francophonie (IEPF) 2007

56, rue Saint-Pierre, 3<sup>e</sup> étage

Québec G1K 4A1 Canada

Téléphone: (418) 692-5727

Télécopie: (418) 692-5644

Courriel: [iepf@iepf.org](mailto:iepf@iepf.org)

Site Internet: [www.iepf.org](http://www.iepf.org)



*Cette publication a été imprimée avec des encres végétales sur du papier recyclé.*

IMPRIMÉ AU CANADA/PRINTED IN CANADA

**Denis LEVY  
Anne GED**

**PARTENARIAT PUBLIC PRIVÉ  
DANS LE SECTEUR  
DE L'ÉLECTRICITÉ**

**MAÎTRISER LES RELATIONS  
CONTRACTUELLES ENTRE  
COLLECTIVITÉS PUBLIQUES  
ET OPÉRATEURS PRIVÉS – VOLUME I**

**15**

COLLECTION POINTS DE REPÈRE



**Les publications de l'IEPF**

ORGANISATION  
INTERNATIONALE DE  
**la francophonie**



## **Auteurs :**

*Denis LEVY est diplômé d'études supérieures de doctorat en sciences économiques. Il passe les 20 premières années de sa carrière dans la fonction publique, dont 12 ans à l'Agence pour les économies d'énergie devenue Agence Française pour la Maîtrise de l'Énergie puis ADEME où il a dirigé le Département de l'Action Internationale. Il intègre le secteur privé en 1992 pour être Directeur du Développement International, chargé de l'Europe de l'Est et la Chine, du pôle énergie d'un des leaders mondiaux de la gestion privée des services publics. À la création l'Institut de la Gestion Délégée en 1996, il est nommé Délégué général de cette fondation réunissant tous les acteurs des partenariats publics privés. Depuis avril 2001, il a créé un cabinet de conseil spécialisé dans l'économie, la gestion publique et le développement durable. Denis LEVY enseigne, par ailleurs, en France et à l'étranger dans ses domaines d'expertise.*

*Docteur en sciences économiques, Anne GED est consultant depuis 20 ans auprès des collectivités territoriales et des administrations publiques sur les questions d'énergie, d'environnement et de développement durable. Elle a effectué de nombreuses missions sur ces sujets à l'international. Elle travaille en particulier sur l'accompagnement stratégique, la négociation et le contrôle de concession. Maître de conférences associé à l'Institut de Management Public et de Gouvernance Territoriale de l'Université Paul Cézanne, elle y enseigne le management public et le développement durable. Anne GED est également coordinateur scientifique de l'UMET – Université Méditerranéenne de l'Énergie. Depuis janvier 2006, elle a intégré le cabinet de Conseil Solving-France pour y créer un pôle sur les politiques publiques et le développement durable.*

# Préface

Au cours du biennium 2004-2005, l'Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF), organe subsidiaire de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), a mis sur pied, pour des pays membres en développement de l'Afrique subsaharienne, un programme original de formation-action sur les contrats et les conventions dans le secteur de l'électricité. Ce secteur connaît de façon générale, depuis au moins deux décennies, des mutations profondes auxquelles la plupart des acteurs de cette région étaient peu préparés. La formation visait principalement à apporter à ces acteurs les éléments d'une saine appréciation des enjeux de ces mutations et des nouveaux arrangements institutionnels qui en ont résulté. L'objectif était surtout de rendre ces acteurs capables de s'approprier les concepts, méthodes et outils du domaine pour mieux négocier, gérer et contrôler les nouvelles relations contractuelles.

L'approche retenue par l'IEPF et ses partenaires pour s'assurer de la réussite de cette appropriation a privilégié les techniques d'apprentissage par l'action. Les participants, « en situation d'experts », ont établi eux-mêmes, à partir d'un canevas d'analyse et des habiletés acquises dans les phases antérieures du processus de développement des compétences, le diagnostic complet d'une question clé de la réforme du secteur de l'électricité dans leur propre pays : les stratégies d'organisation, les processus d'appel d'offres, les contrats et les conventions déjà en vigueur. Chaque groupe, organisé par pays, a rédigé et présenté devant ses pairs un rapport d'expertise. C'est à partir de l'ensemble de ces éléments, notamment des rapports d'expertise, qu'a été construit ce guide présenté dans deux volumes distincts.

Le premier volume tire les leçons des difficultés exposées par les participants, à l'issue du travail effectué et à la lumière de leurs vécus respectifs, pour construire une démarche globale destinée aux responsables des politiques énergétiques, notamment à ceux qui ont la charge des réformes et des systèmes réformés. La démarche s'appuie sur un ensemble d'éléments structurants qui garantissent le succès de la conception et de la mise en œuvre des contrats de partenariat. Ces éléments portent principalement sur les stratégies de négociation, le cadre contractuel et les conditions d'exécution des contrats.



Le second volume rassemble les rapports-diagnostic des équipes-pays, au nombre de neuf, qui regroupaient une trentaine de participants à la formation-action. Ces rapports sont autant d'études de cas dont pourront s'inspirer ceux, encore nombreux en Afrique, qui auront des réformes à mettre en place ou des systèmes réformés à gérer. C'est du reste à eux et à tous ceux qui n'ont pu directement participer au programme échelonné sur le biennium 2004-2005 que ce guide s'adresse.

Que les équipes-pays, dont la participation active aux échanges et le travail de fond sur la réforme du secteur de l'électricité de leur pays respectif ont permis de produire la matière de ce guide, trouvent ici l'expression de notre gratitude.

À Denis Levy et à Anne Ged, qui ont conduit tout ce processus avec nous, rassemblé et mis en cohérence toute cette masse d'information pour la rendre accessible à tous par ce guide, j'adresse mes remerciements les plus sincères.

Ensemble, je crois, nous avons fait œuvre utile pour l'avenir du secteur africain de l'électricité.

Fatimata DIA Touré  
Directrice, IEPF

# Table des matières

Liste des sigles.....xiii

**Introduction**.....1

**PARTIE I – CONSTRUIRE UN CADRE STRATÉGIQUE**.....7

**Chapitre I – Le partenariat public privé au service du développement**.....9

    A. Le rôle et les responsabilités de l’État dans un contexte renouvelé.....10

    B. Le contrat et les objectifs de développement.....13

    C. Le contrat et l’intégration sous-régionale.....15

**Chapitre II – Le cadre stratégique du processus de négociation**.....17

    A. Le champ de la négociation.....17

        1. Élargir les bases stratégiques de la négociation .....18

        2. Construire les bases du partenariat .....19

        3. Conduire une stratégie à long terme .....19

    B. Le périmètre de négociation et le territoire d’application.....19

        1. Le périmètre de négociation .....19

        2. Le territoire d’application .....20

    C. Les étapes de construction du processus contractuel.....26

        1. Un état des lieux préalable.....27

        2. Une vision prospective.....27

        3. Un jeu d’acteurs .....27

        4. Un pilotage .....27

        5. Des régulations.....28

        6. Une évaluation .....29

    D. Les résultats du processus de négociation contractuel .....29

P o i n t s d e r e p e r e

<b>PARTIE II – MAÎTRISER LE CADRE CONTRACTUEL .....</b>	<b>31</b>
<b>Chapitre III – Maîtriser les fondements théoriques des contrats de partenariat public privé.....</b>	<b>33</b>
A. La gestion directe.....	33
B. La délégation de gestion.....	33
1. La concession .....	36
2. L'affermage.....	39
3. La régie intéressée.....	41
4. La gérance .....	42
<b>Chapitre IV – Du diagnostic initial au choix entre «faire» et «faire faire» ...</b>	<b>47</b>
A. Le bilan de service.....	47
1. Le contenu .....	47
2. Les sources d'information.....	48
3. La présentation et l'utilisation .....	49
4. La périodicité .....	49
B. Faire ou faire faire .....	50
1. Critères financiers.....	50
2. Critères de qualité du service .....	51
3. Critères de risques .....	51
4. Critères sociaux .....	51
5. Critères d'avenir .....	52
6. Critères de maîtrise par la collectivité publique.....	52
7. Répartition des risques .....	52
<b>Chapitre V – Comment choisir le type contractuel de délégation de gestion ...</b>	<b>55</b>
A. Les critères de choix .....	55
1. La nécessité de consentir des investissements sur le service à déléguer ..	55
2. La répartition des risques.....	56
3. Le niveau de participation de l'État ou de la collectivité publique au contrôle.....	56

4. La maîtrise du savoir-faire .....	57
5. L'équilibre du service par des recettes d'exploitation .....	57
6. Le prix payé par les usagers.....	57
B. Le processus de choix.....	58
C. La sélection du délégataire .....	59
1. L'appel à candidatures.....	59
2. La liste des entreprises admises à concourir.....	60
3. Le document de consultation .....	60
4. La remise des offres .....	62
5. L'analyse des offres.....	63
6. La signature du contrat.....	63
D. La gestion de la procédure.....	63
1. La collectivité publique s'entoure d'avis, consulte et communique....	63
2. La collectivité publique est liée par les règles qu'elle définit pour chaque délégation de gestion.....	64
3. Une négociation gagnant-gagnant entre la collectivité publique et le candidat.....	64
<b>Chapitre VI – Le contrat .....</b>	<b>69</b>
A. La structure contractuelle.....	69
B. L'équilibre contractuel: le principe de base.....	70
1. Les risques.....	70
2. Le principe de juste rémunération du délégataire.....	71
3. La position du délégataire vis-à-vis des usagers et des concurrents..	75
C. Les composantes du contrat .....	75
1. Objet et formation du contrat .....	75
2. Exploitation .....	76
3. Travaux .....	77
4. Durée.....	78
5. Conditions financières.....	78

6. Clauses fiscales .....	80
7. Contrôle de la collectivité publique .....	80
8. Réexamen des conditions d'exploitation .....	81
9. Révision des conditions d'exploitation.....	81
10. Responsabilités .....	82
D. La fin du contrat .....	82
E. Les documents annexes .....	84
<b>PARTIE III – CONTRÔLER ET EXÉCUTER .....</b>	<b>85</b>
<b>Chapitre VII – L'exécution des contrats.....</b>	<b>87</b>
A. Le rapport annuel .....	87
B. La relation avec les usagers .....	94
C. Les contentieux.....	95
1. Le contentieux de la responsabilité .....	95
2. Les autres contentieux .....	95
D. Les adaptations contractuelles .....	96
E. Les difficultés contractuelles.....	97
F. La fin des contrats.....	98
<b>Conclusion .....</b>	<b>101</b>
Glossaire.....	103
Bibliographie.....	117

# Liste des sigles

<b>AIE</b>	Agence internationale de l'énergie
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
<b>CEDEAO</b>	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
<b>CET</b>	Construction, exploitation, transfert. Traduit de l'anglais <i>Build, Operate, Transfer</i> (BOT), cet acronyme décrit le processus de la concession.
<b>CJCE</b>	Cour de Justice des Communautés européennes
<b>CPE</b>	Construction, propriété, exploitation. Traduit de l'anglais <i>Build, Own, Operate</i> (BOO).
<b>CPEST</b>	Construction, propriété, exploitation, subvention, transfert. Traduit de l'anglais <i>Build, Own, Operate, Subsidize, Transfer</i> (BOOST).
<b>CPET</b>	Construction, propriété, exploitation, transfert. Traduit de l'anglais <i>Build, Own, Operate, Transfer</i> (BOOT).
<b>CRE</b>	Commission de régulation de l'électricité (France)
<b>DCFE</b>	Design, construction, financement, exploitation. Traduit de l'anglais <i>Design, Build, Finance, Operate</i> (DBFO).
<b>DEV</b>	Centre de développement de l'OCDE
<b>EDF</b>	Électricité de France
<b>FACÉ</b>	Fonds d'Amortissement des Charges d'Électrification (France)
<b>IEP</b>	Institut d'études politiques de Paris (France)
<b>IEPF</b>	Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie
<b>JOCE</b>	Journal officiel des communautés européennes

<b>NEPAD</b>	Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>OIF</b>	Organisation internationale de la Francophonie
<b>PFI</b>	Initiative pour le financement privé. Traduction libre de l'anglais Private Finance Initiative.
<b>PNUD</b>	Programme des Nations Unies pour le développement
<b>PPP</b>	partenariats publics privés
<b>TVA</b>	taxe sur la valeur ajoutée (France)
<b>WAPP</b>	West African Power Pool

# INTRODUCTION

Les différents pays européens ont dès le XVI<sup>e</sup> siècle et jusqu'au milieu du XIX<sup>e</sup> partagé l'expérience des concessions déléguant leurs pouvoirs à des compagnies privées ou à des particuliers. C'est sur ce modèle que s'est construit, notamment, le canal de Suez.

Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, à travers l'Europe, la plupart des services publics urbains sont développés et ensuite gérés sur l'initiative d'opérateurs privés. Ainsi, les voies ferrées, les tramways, la distribution d'eau, l'éclairage public au gaz puis à l'électricité ont été mis en service, à de très rares exceptions près, par des entreprises privées en régime d'autorisation conditionnée ou de concession de travaux, avant d'être rachetées au XX<sup>e</sup> siècle par les pouvoirs publics.

Le secteur de l'électricité a été marqué, au cours du XX<sup>e</sup> siècle et jusqu'à un passé récent, par la domination d'un seul opérateur, le plus souvent public mais quelquefois privé – comme aux États-Unis –, et ce, à tel point que, dans certains pays, une confusion entre service public et secteur public s'est produite. Après la Seconde Guerre mondiale, afin de permettre aux entreprises de remplir leurs missions face à une demande élevée – tant du fait de la croissance économique que des nécessités d'aménagement du territoire –, les pays européens ont adopté un système de droits exclusifs permettant aux opérateurs d'exercer leur activité sans risques commerciaux dans une situation de monopole de droit ou de fait. La contrepartie pour ces entreprises était de remplir toutes les obligations de service public que le pouvoir imposait.

Cependant, un faisceau d'éléments divers a contribué à remettre en cause les équilibres et les structures en place depuis les années 1950, au profit de nouvelles formes d'organisation plus concurrentielles et plus décentralisées. Des évolutions techniques majeures (émergence des turbines à gaz à cycle combiné, développement des technologies de l'information, etc.) ont permis d'envisager d'autres modalités d'organisation de la production, du transport et de la distribution d'électricité. Ces progrès s'effectuent dans un contexte dominé par la critique de la gestion publique centralisée, par une tendance durable à la réduction des dépenses de l'État et par la volonté de soumettre le secteur à des exigences d'efficacité accrues.

Au début des années 1990, la Grande-Bretagne, l'Argentine et la Norvège se lancent dans les premières réformes d'envergure, bientôt suivies par de nombreux



## **Le phare d'Alexandrie, Septième Merveille du monde Premier partenariat public privé ?**

Parmi les Sept Merveilles du monde seulement une, hormis son élégance architecturale, possédait une utilisation pratique, le phare d'Alexandrie. Pour les marins, il représentait un retour sain et sauf au port.

Après la mort d'Alexandre le Grand, c'est son général macédonien Ptolémée Soter (ce qui signifie « sauveur » en grec) qui assura le règne de l'Égypte. Celui-ci établit son siège à Alexandrie. Proche de la ville se trouvait l'île de Pharos, laquelle était liée au continent par une digue, l'heptastade (digue d'une longueur égale à sept stades), ce qui donnait à la ville d'Alexandrie un double port. Comme les conditions de navigation étaient souvent dangereuses et que le littoral était plat, la construction d'un phare s'imposait pour guider les bateaux.

Le projet fut conçu et entrepris par Ptolémée Soter (364-282 av. J.-C). La construction du phare aurait débuté vers 297 av. J.-C. et duré une quinzaine d'années. Durant des siècles, le phare servit aux bateaux abordant le port. Ce n'est qu'en 1323 que le monument fut mis en ruines pour ne jamais resurgir. Le phare d'Alexandrie était la dernière Merveille à disparaître.



Un certain nombre d'auteurs datent la pratique du partenariat public privé de la construction du phare d'Alexandrie. Ptolémée Soter aurait confié à une des grandes familles d'Alexandrie le soin d'ériger, de financer et de faire fonctionner le phare. Le service était payé au « concessionnaire » par chaque bateau entrant dans le port. Cette pratique se développa fortement dans la Rome antique qui la codifia – on en trouve trace dans le code Justinien. C'est sur ce modèle que fonctionnait le port de la Carthage punique ou qu'étaient gérés les thermes romains. La France, au XVI<sup>e</sup> siècle, renoua avec cette pratique pour la construction du canal de Craponne puis, au XVII<sup>e</sup> siècle, le roi Louis XIV confia à Pierre Paul de Riquet la construction du canal du Midi, désormais classé au patrimoine mondial de l'humanité par l'UNESCO. Qui penserait que les travaux commandés par Napoléon III, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, qui font de Paris une des plus belles villes du monde, furent exécutés par 42 groupements d'entreprises concessionnaires qui construisirent les voiries mais aussi les égouts, l'adduction d'eau et les célèbres immeubles de style haussmannien ?

pays et l'Union européenne. Différents modèles voient le jour, mais ils partagent le plus souvent des traits caractéristiques. L'objectif généralement affiché est de définir un modèle « décentralisé compétitif » d'organisation du secteur de l'électricité, dans lesquels les pouvoirs publics passent du rôle d'acteur direct à celui de régulateur. L'ouverture du marché, dans différents pays, se fait en fonction du type de service (production ou distribution), du type de client (industriel ou particulier) et des caractères géographiques (concession instituant un monopole local ou national, ou concurrence complète)<sup>1</sup>.

C'est dans ce contexte qu'un certain nombre de pays en développement ont entrepris – vivement encouragés par les organismes de financement internationaux – de réformer l'organisation de leur secteur de l'électricité et de revenir ou de recourir au système concessif<sup>2</sup>. En effet, la disponibilité de l'énergie électrique est un facteur clé pour le développement. La mise en concession des réseaux électriques a été une des solutions utilisées par les pays pour l'appuyer. Si, depuis une dizaine d'années, la plupart des pays ont entrepris des réformes du secteur de l'électricité avec un programme d'ouverture aux partenaires privés, le bilan en reste mitigé.

C'est pour en tirer les leçons qu'un travail d'analyse des expériences des pays d'Afrique francophone a été réalisé, à l'initiative de l'Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF). Cette analyse s'est déroulée en 2004-2005 (voir encadré). La formation-action a permis de collaborer avec neuf pays d'Afrique francophone afin d'étudier leur processus de préparation des appels d'offre, la négociation des contrats et les mécanismes d'exécution des contrats et du contrôle.

Le présent guide est donc une synthèse de la formation-action. Il repose sur les analyses de cas des pays qui figurent dans le volume II de ce document. Les leçons de l'analyse des cas donnent les grandes directions pour la mise en œuvre des partenariats publics privés (PPP) dans le secteur de l'électricité en Afrique.

La littérature sur le partenariat public privé donne l'ensemble des éléments nécessaires à la négociation et à l'exécution de ces contrats. La bibliographie et le glossaire présentés à la fin du guide en donnent les principales références. Cependant, la mise en œuvre d'une délégation de gestion dans le domaine de l'électricité nécessite plus qu'une simple maîtrise de ces aspects. Le guide présente les éléments d'une démarche globale destinée aux responsables des politiques énergétiques des pays d'Afrique francophone.

- 
1. Denis LEVY, « Financement des infrastructures et services collectifs », dans Chatelus, G. et J.Y. Perrot, *Financement des infrastructures et des services collectifs, le recours au partenariat public-privé, les enseignements des expériences françaises dans le monde*, Paris, Presses de l'ENPC, 2000.
  2. Dans ce document, les auteurs ont employé alternativement les termes génériques de concession, délégation de gestion, partenariat public privé. S'ils ont dans un certain nombre de pays des valeurs juridiques différentes, ils relèvent tous d'un même processus : une entité publique confie à un tiers le soin de créer, voire financer et exploiter, une infrastructure pour rendre un service qu'elle doit fournir aux citoyens ou usagers.

Cette démarche s'articule autour de trois axes essentiels qui ont inspiré la rédaction du volume I du guide et qui synthétisent les conditions de succès du contrat de partenariat :

- une stratégie de négociation intégrée dans la politique de développement du pays ;
- un cadre contractuel du partenariat public privé adapté ;
- une parfaite maîtrise des conditions d'exécution du contrat et du contrôle.

La première partie porte sur le cadre stratégique et sur les conditions générales dans lesquelles se construisent les contrats de partenariats :

- un contrat de concession intégré dans le cadre général de la politique de développement du pays et dans une politique énergétique construite ;
- un cadre stratégique du processus de négociation construit.

Dans la seconde partie, il s'agit, ensuite, de définir le cadre contractuel et, pour cela, en particulier :

- maîtriser les fondements théoriques des contrats de concession électricité ;
- définir les objectifs du contrat de concession ;
- préparer et articuler les étapes du processus contractuel.

La vie du contrat et la performance de sa mise en œuvre dépendent largement du suivi de l'exécution des clauses contractuelles et de la mise en œuvre d'un contrôle de concession à la hauteur des enjeux du contrat. Ces aspects seront présentés dans la troisième partie.

## **Formation-action sur les contrats et conventions dans le contexte de libéralisation du secteur énergétique**

L'Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF), organe subsidiaire de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF), a organisé une formation-action qui s'est déroulée en 2004-2005 sous la direction de M. Denis LEVY et de M<sup>me</sup> Anne GED, tous deux économistes de l'énergie spécialisés dans le domaine des partenariats public privé.

### **But et objectif**

La formation-action avait pour but de renforcer la pratique des cadres leur permettant de négocier, gérer et contrôler les projets que leur gouvernement se propose de mettre en délégation, tant pour leur réalisation que pour leur gestion.

Cette formation visait à permettre à chaque participant de définir :

- l'environnement économique, financier, juridique et réglementaire qu'il y a lieu de mettre en place pour sécuriser la délégation de service ;
- les modalités de négociation, de gestion et de contrôle des contrats de délégation de réalisation et de gestion des services collectifs et plus particulièrement des contrats liés à la production, au transport et à la distribution de l'électricité.

### **Objectifs spécifiques**

Le développement des compétences techniques, juridiques, économiques et managériales était organisé autour de trois grands axes :

- inscrire dans ses pratiques professionnelles la connaissance de l'environnement économique et institutionnel afin de pouvoir déterminer les conditions nécessaires à la mise en place de partenariats public privé ;
- s'approprier les concepts, méthodes et outils de management d'une entité publique ou privée afin de négocier, gérer ou contrôler efficacement ses relations contractuelles dans un cadre et dans une logique de partenariat ;
- adapter les connaissances acquises de l'environnement économique et institutionnel et les outils de management aux spécificités d'une collectivité publique ou d'une société gestionnaire de service.

### **Déroulement**

La formation-action était constituée de quatre étapes :

#### *1. Formation sur les contrats et conventions dans le secteur énergétique*

La formation avait pour objet de mettre à niveau l'ensemble des participants sur le plan des concepts, des pratiques et des outils d'analyse. Elle s'est tenue à Cotonou (Bénin) du 25 au 30 octobre 2004. Cette formation était centrée sur la mise en œuvre et la gestion du service de l'électricité, que ce soit dans un environnement urbain ou dans un contexte d'électrification rurale décentralisée, en tenant compte des aspects suivants :

- l'environnement économique et institutionnel ;
- la gestion stratégique, financière (y compris le financement de projet) et commerciale ;

- les relations contractuelles;
- la gouvernance des autorités publiques et la régulation du service.

Outre M. LEVY et M<sup>me</sup> GED, ont également participé à l'équipe qui a encadré les participants à cette formation : Christophe DEFEUILLEY, Flavien TCHAGPA et Anh Kiet TRAN\*.

## 2. Travail d'analyse

La réalisation d'un travail d'analyse sur la question des contrats et conventions a conféré à cette démarche la qualité d'une formation-action. C'est sans conteste un élément clé. Ce travail d'analyse constituait un temps d'apprentissage personnalisé, pendant lequel chaque équipe a réalisé un diagnostic sur un des thèmes suivants : la stratégie d'organisation du secteur, le contrat ou la convention en vigueur ou le processus d'appel d'offres. Ce diagnostic s'appuyait sur les connaissances et le savoir-faire acquis pendant la formation initiale. Pour ce faire, des canevas de travail avaient été proposés.

L'accompagnement personnalisé des travaux d'analyse par M. LÉVY et M<sup>me</sup> GED a permis d'apporter des conseils individualisés, tant sur les aspects techniques que méthodologiques, pour la réalisation des diagnostics.

## 3. Atelier de restitution et de synthèse

Un atelier de restitution et de synthèse des travaux d'analyse a été organisé à Ouagadougou (Burkina Faso) du 6 au 11 juin 2005. Dans un premier temps, chacune des équipes a présenté les résultats de son analyse. Une large place a été allouée aux débats et à la discussion des résultats. Enfin, les participants ont été amenés à dégager les meilleures pratiques et les pièges à éviter dans l'élaboration, la mise en œuvre, la gestion et le contrôle des contrats et conventions.

## 4. Publication d'un guide sur les contrats et conventions

Le présent ouvrage constitue la synthèse de cette formation-action.

### **Publics cibles et pays participants**

Les cadres ciblés par cette formation sont :

- les membres des autorités publiques organisatrices du service de l'électricité, qu'ils soient élus ou membres du personnel;
- les gestionnaires du service;
- les membres des autorités de contrôle et de régulation.

Les pays qui ont participé à la formation-action étaient le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Côte d'Ivoire, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal et le Togo.

\* Christophe DEFEUILLEY: Docteur en Sciences économiques, Chercheur à la Direction R et D d'Électricité de France (EDF) et Chercheur au Groupement d'intérêt scientifique LARSEN (Laboratoire d'Analyse et Ressources des Réseaux et Systèmes Énergétiques).

Flavien TCHAGPA: Docteur en Sciences économiques, Enseignant Chercheur, Institut de Management et de Marketing Supérieur de Commerce Caraïbes (I2M Sup de Co Caraïbes), Membre du Groupe Réseaux Jean Monet à l'Université PARIS XI.

Anh Kiet TRAN: Consultant, Ingénieur électricien et Master en Administration des Affaires, ayant plus de 35 ans d'expérience dans les sociétés d'exploitation d'électricité.

**PARTIE I**  
**Construire un cadre stratégique**

**C**oncevoir, construire, puis négocier un contrat de concession dans le secteur de l'électricité au niveau national dans les pays en développement s'inscrit dans une réflexion stratégique. C'est l'objectif de cette partie d'en présenter les principales dimensions.

Le cadre stratégique se construit très en amont et conditionne en grande partie la réussite des objectifs du processus contractuel. Il repose sur une reconnaissance forte du rôle de l'État. Il fait également partie intégrante de la politique de développement durable du pays et s'inscrit, le cas échéant, dans un contexte d'intégration régionale. Cette partie propose également de construire un cadre stratégique pour la négociation du contrat, l'objectif étant de donner aux collectivités publiques plus de possibilités de maîtriser le processus de préparation et de négociation contractuelle. Les éléments proposés dans cette partie serviront de cadre aux orientations juridiques et aux formes contractuelles qui devront être retenues par la suite et qui sont présentées dans les parties suivantes.

# Le partenariat public privé au service du développement

La disponibilité de l'énergie est une condition essentielle au développement des pays, loin d'être remplie dans le cas des pays en développement, particulièrement en Afrique.

Selon l'Agence Internationale de l'Énergie (AIE), l'Afrique subsaharienne a le taux d'électrification le plus bas de toutes les régions du monde, seulement 23% de la population ayant accès à l'électricité. Et encore ce taux masque-t-il des différences importantes entre le secteur rural et urbain.

Le manque de disponibilité de l'électricité pèse ainsi fortement sur les possibilités de développement, favorise l'exode vers les grandes villes et pénalise les capacités de production locale, en particulier dans le secteur rural. Le développement des exportations s'en trouve également freiné. Le rapport économique de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) de 2004 en fait largement la démonstration<sup>3</sup>.

Les pays en développement se sont trouvés aux prises avec cette question déterminante de l'accès à l'énergie nécessaire à la réussite de leurs politiques de développement. C'est ainsi qu'avec le mouvement général de libéralisation engagé depuis le début des années 1990, le recours au partenariat public privé a été largement adopté dans les dernières années par les pays d'Afrique pour accroître l'électrification. L'objectif est de parvenir à une offre d'énergie électrique suffisante, avec un réseau permettant l'accès du plus grand nombre à l'électricité. Le partenariat public privé (PPP) pour le secteur de l'énergie est alors vu comme un des moyens pour atteindre ces objectifs.

Seul, le PPP ne peut rien. Il doit s'inscrire dans une politique nationale de développement durable et dans une politique énergétique construite qui en constitue le cadre de référence. Ce sont ces objectifs de développement durable et de politique énergétique, exprimés et élaborés au niveau national, qui guident alors le processus de conception, de négociation, puis d'évaluation des contrats de partenariat public privé.

Ainsi, préalablement à l'élaboration du cadre contractuel, la phase amont de préparation du contrat doit prendre en considération :

- le rôle et les responsabilités de l'État dans ce nouveau contexte ;
- la transcription des objectifs dans une politique de développement durable ;
- les dimensions régionales des politiques énergétiques.

---

3. *Rapport économique sur l'Afrique*, OCDE, 2004.



## **A. Le rôle et les responsabilités de l'État dans un contexte renouvelé**

Le rôle de l'État se trouve confirmé et renforcé dans une délégation de service public. Il devient également plus complexe. Dans cet exercice, l'État n'agit pas seul mais avec d'autres acteurs et d'autres institutions qui participent à l'ensemble, dans le cadre d'une gouvernance maîtrisée et organisée entre les différentes parties prenantes.

Ainsi, avec le développement des concessions d'électricité, le rôle de l'État évolue, s'éloignant des dimensions opérationnelles pour aller vers des missions plus stratégiques et normatives. Il donne le cadre général, fixe les objectifs des politiques nationales, en contrôle et en évalue la mise en œuvre.

Deux missions particulières sont assignées à l'État dans ce nouveau contexte : la première se situe obligatoirement en préalable de la préparation d'un contrat de concession et oriente la réorganisation du système énergétique ainsi que la définition et la validation du cadre normatif et institutionnel ; la seconde s'inscrit dans une réforme de fond et engage en permanence l'ensemble de l'organisation du secteur avec une nouvelle gouvernance du système énergétique.

### **Réorganisation du système énergétique, définition et validation d'un cadre normatif et institutionnel**

Les partenariats publics privés ne peuvent se développer sans un cadre législatif construit et respecté. L'établissement du cadre réglementaire constitue la base de référence du déroulement de la réforme. Ce cadre définit :

- les responsabilités de la collectivité publique<sup>4</sup> ;
- le service public de l'énergie ;
- le rôle et les responsabilités de l'autorité de régulation.

On trouvera, dans la suite du guide et dans les analyses de cas des pays (volume II), des illustrations de ces différentes dimensions.

### **Vers une nouvelle gouvernance de la politique énergétique**

L'institution d'une véritable gouvernance complète la construction d'un système énergétique diversifié, apte à permettre la mise en œuvre des objectifs fixés par ailleurs. Le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) définit la gouvernance comme étant l'exercice de l'autorité économique, politique et administrative aux fins de la gestion des affaires d'un pays<sup>5</sup>. Elle comprend les mécanismes, processus

4. Sous le terme de collectivité publique, on entend l'autorité publique responsable. Cette autorité se situe à différents niveaux selon l'organisation administrative des pays. Les différents niveaux de collectivités publiques vont de l'État à la commune en passant par la province ou la région et le département ou préfecture. C'est le cadre législatif et réglementaire qui définit le niveau d'autorité publique dite « autorité organisatrice du service public ».

et institutions grâce auxquels le citoyen et les groupes articulent leurs intérêts, exercent leurs droits reconnus par la loi, remplissent leurs obligations et négocient leurs différends.

Un peu plus loin, le PNUD précise les différents ingrédients qui constituent ce qui est maintenant communément appelé la « bonne gouvernance ». Ces éléments appliqués au secteur de l'énergie donnent les directions à suivre.

De la définition de la gouvernance...	...à l'application au secteur de l'énergie
<b>La vision stratégique</b>	Une stratégie de développement qui se décline sur des objectifs de politiques énergétiques à long terme. Une vision, construite et partagée, avec des objectifs de développement de l'énergie, de taux d'électrification, de pénétration des énergies renouvelables ou de développement de différents types de technologies.
<b>La participation</b>	La question de l'énergie fait partie du champ social et des orientations des modèles de développement. Les choix en matière d'approvisionnement, de développement de l'électrification, de niveau de prix, de qualité de service, autant d'orientations qui ne peuvent être prises seulement par l'État mais demandent une participation d'autres niveaux, collectivités publiques territoriales, industrie, acteurs de la société civile.
<b>Le respect de la légalité</b>	Il s'agit en premier lieu de disposer d'un cadre légal adapté aux évolutions de l'organisation de la politique énergétique mais également d'un contexte juridique (jurisprudence) qui en permet la vérification.
<b>La transparence</b>	Transparence dans l'information et dans les processus de décision et les choix avec l'accès à une information de qualité, cohérente et adaptée aux différents niveaux de décisions: pouvoirs publics, opérateurs et usagers. L'objectif est de lutter contre l'asymétrie d'information qui peut donner lieu à des rentes informationnelles; celles-ci sont la plupart du temps au bénéfice des concessionnaires et non du secteur public, ni des usagers.

5. *Gouvernance pour le futur, démocratie et développement dans les pays les moins avancés*, PNUD, 2005.

## La capacité de s'adapter

Dans le domaine de l'énergie, la capacité d'adaptation se décline à différents niveaux :

*Politique* : prendre en compte les différentes parties prenantes, organiser la concertation et faire évoluer les orientations ;

*Technologique* : veiller aux évolutions technologiques, s'adapter aux innovations technologiques et faire évoluer le système électrique en conséquence ;

*Économique* : être à l'écoute des évolutions du modèle économique de la concession, évaluer régulièrement sa mise en œuvre et pouvoir réviser et adapter les dimensions du modèle concessif ;

*Contractuelle* : adapter les formes du contrat et ses clauses tout au long de sa vie.

---

### L'orientation vers le consensus

C'est la capacité à engager un débat avec les parties prenantes, à construire un projet partagé qui fasse consensus et qui soit porté dans le long terme par le ministère de l'Énergie. Ce consensus n'est pas figé ; la transparence et la qualité de l'information et du débat public doivent permettre de faire évoluer ce consensus sur la durée.

---

### L'équité

L'équité englobe l'universalité. Tout individu dispose du droit d'accès au service, du moins jusqu'à un certain seuil et moyennant un prix raisonnable, transparent et non discriminatoire. Les pouvoirs publics ont la responsabilité de prendre les mesures qui s'imposent pour éliminer les barrières économiques et géographiques à l'accès d'usagers potentiels au réseau de distribution. L'équité signifie aussi l'égalité de traitement, en ce sens que tous les usagers, placés dans les mêmes conditions, doivent payer un prix équivalent.

---

### L'efficacité et l'efficience

Les deux dimensions sont à suivre pour évaluer les politiques énergétiques : quelle efficacité, c'est-à-dire quelle capacité d'atteindre des objectifs fixés et quelle efficience, c'est-à-dire comment les acteurs du système énergétique utilisent les ressources à bon escient et mettent en œuvre les activités en temps voulu pour réaliser le programme choisi.

## La responsabilité politique

Il n'y a pas de véritables engagements politiques sans prise de responsabilités. L'exercice de ces responsabilités renvoie à :

- une prise de décision effective, se matérialisant par un engagement réel, formalisé et écrit ;
- des comptes rendus réguliers présentés aux parties prenantes (le contrôle de la concession – devoir de l'autorité concédante – en fait partie) ;
- une évaluation suivie éventuellement de nouvelles orientations.

---

Ces nouvelles dimensions de la gouvernance, appliquées au secteur de l'énergie engagent les États vers une transformation profonde des modalités de management du secteur de l'énergie. Elles portent aussi en germe les indications pour un renouveau du management public dans les pays concernés. L'État doit en être l'instigateur.

## B. Le contrat et les objectifs de développement

Les politiques de développement durable et les stratégies axées sur la réalisation des Objectifs du Millénaire touchent à la question de l'énergie. On peut, bien sûr, regretter qu'il n'y ait pas d'objectifs propres à l'énergie dans les Objectifs du Millénaire ; celle-ci n'en reste pas moins au cœur des questions de développement durable et sera ainsi traitée dans ce cadre.

Dans son rapport sur l'Afrique, le Centre de développement de l'OCDE caractérise la liaison entre l'énergie et le développement :

*L'accès à l'énergie est une composante essentielle du développement économique, social et politique. Il favorise le développement individuel via l'amélioration des conditions éducatives et sanitaires. Il permet le développement de l'activité économique par la mécanisation et la modernisation des communications. Il participe enfin à l'amélioration de l'environnement économique en permettant une intervention publique plus efficace, un meilleur respect de l'environnement et le renforcement de la démocratie<sup>6</sup>.*

Les objectifs de développement servent de cadre de référence et de critères pour la définition des orientations de la politique énergétique. Pour chaque pays, la relation entre les conditions du développement et les objectifs du contrat de concession guide la stratégie à mettre en œuvre.

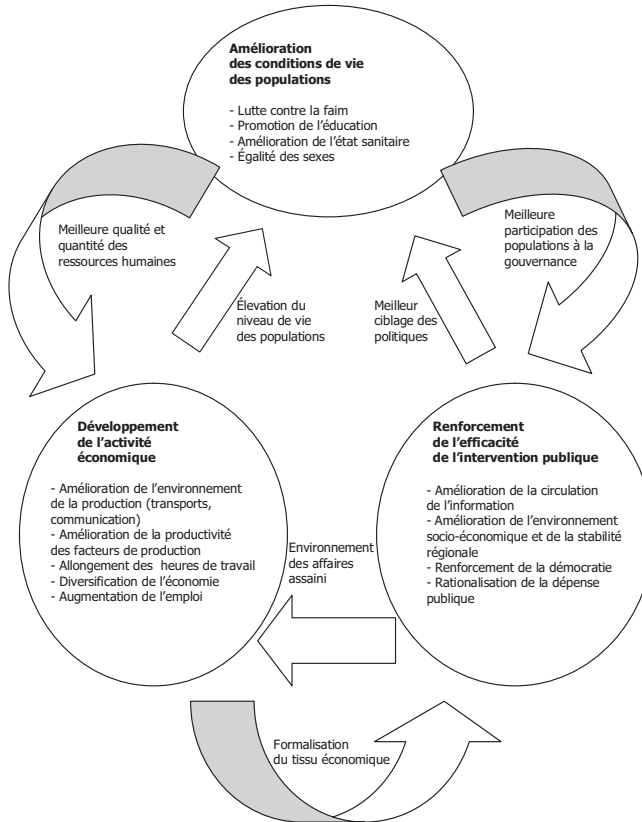
La nature des relations entre développement et politique énergétique est précisée à la figure 1. Le travail de préparation du contrat doit traduire ces éléments en objectifs contractuels. Il s'agit d'affirmer des objectifs généraux qui relèvent de la responsabilité de l'État et de sa politique nationale, puis d'engager une réflexion pour déterminer comment le contrat de gestion peut participer à la réalisation de ces objectifs.

---

6. *Énergie et pauvreté en Afrique*, collection Repères, n° 8, Centre de développement de l'OCDE, mai 2005.

Figure 1

## Schéma des relations entre développement et politique énergétique



Source : *Énergie et pauvreté en Afrique*, collection Repères, n° 8, Centre de développement de l'OCDE, mai 2005.

Quelques exemples d'indicateurs pour lesquels on s'efforcera de fixer des valeurs dans la préparation du contrat :

- taux d'indépendance énergétique ;
- part des énergies renouvelables dans la production énergétique et dans la consommation totale ;
- taux d'électrification en différenciant le secteur rural et urbain ;
- niveau de prix (par secteur et/ou par type de clientèle) ;
- qualité de distribution – également par segment de clientèle ;
- emploi dans le secteur énergétique et activités économiques liées.

Ce sont ces objectifs, préalables indispensables à l'ouverture des négociations pour le contrat PPP, qui guident la préparation du contrat et doivent être suivis dans le temps par l'exercice du contrôle.

## C. Le contrat et l'intégration sous-régionale

Le contrat de partenariat public privé fait partie intégrante d'une politique énergétique définie et construite. Ce sont les objectifs, les indicateurs, l'organisation de la politique énergétique qui guident la préparation et l'exécution des contrats : ils en déterminent les principales orientations. Ainsi, le contrat ne se substitue pas à la politique énergétique : il en constitue un des instruments. La définition des orientations du contrat renvoie également à la dimension régionale de la politique énergétique des pays. L'intégration sous-régionale des politiques énergétiques permet de donner une cohérence et une taille suffisante à des projets qui ne peuvent trouver leur justification que dans ce cadre.

Au niveau de la sous-région, l'irrégularité de l'alimentation en électricité est l'un des problèmes le plus souvent cité. Globalement, il y a en Afrique de l'Ouest 234 millions de consommateurs potentiels, mais un tiers seulement d'entre eux ont accès à l'électricité. Or, l'accès à l'électricité est essentiel à la croissance économique et à la réduction de la pauvreté. Les entreprises ont besoin d'électricité, une des conditions essentielles pour être plus compétitives sur les marchés internationaux.

Pour attirer les investisseurs et réaliser certains projets de production électrique, un marché régional de l'électricité sera plus pertinent. En effet, les interconnexions et les échanges d'électricité au niveau de la sous-région peuvent présenter un intérêt technique et économique et aider au développement de véritables synergies, possibles seulement au niveau régional.

Devant les enjeux énergétiques et le besoin de mobilisation d'investissements, l'élaboration d'une politique énergétique au niveau régional est indispensable. Cela concerne autant les infrastructures – comme les interconnexions et les projets de production hydraulique en commun – que les modalités de gouvernance régionale établies dans les années récentes, comme celles des instances de coopération et de mises en œuvre au sein du Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD)<sup>7</sup>. Le NEPAD a été mis en place en 2001 pour fusionner les diverses initiatives lancées à l'époque par différents leaders africains (par exemple, le Projet Africain du Millénaire du président Mbeki en Afrique du Sud et le Projet Omega du président Wade au Sénégal). Il a été présenté au Sommet du G8 en juin 2002 et lancé lors du Sommet Mondial pour le Développement Durable, en août-septembre 2002 à Johannesburg.

C'est dans ce contexte que s'est construit également le West African Power Pool (WAPP), conçu comme un instrument au service de la résolution des problèmes de l'électricité dans la région. Le projet WAPP mobilise les 15 pays d'Afrique de l'Ouest au sein de la CEDEAO. Ceux-ci travaillent ensemble au développement de l'infrastructure électrique dans un cadre pertinent par rapport aux enjeux et à la somme des investissements nécessaires. Ce partenariat est également vu comme un cadre plus favorable pour les investisseurs dans le secteur et un moyen d'abaisser les coûts. À terme, c'est une plus grande fiabilité de la distribution de l'électricité qui est visée.

7. Le Nouveau Partenariat pour le Développement en Afrique, *Liaison Énergie-Francophonie*, n° 65, 4<sup>e</sup> trimestre 2004, IEPF.

Des accords sur la réglementation des échanges entre les pays membres et une coopération technique pour constituer un réseau de distribution stable sont également recherchés par ce partenariat. Enfin, et surtout, ces nouvelles approches régionales engagent les pays membres à l'adoption d'approches communes pour la planification énergétique.

Le projet de futur réseau de transmission électrique en Afrique de l'Ouest s'inscrit dans cette stratégie.

Ces nouveaux développements offrent des perspectives pour les pays de la région. Les politiques énergétiques nationales en tiennent compte. Le cadre de négociation des contrats de concession y font également référence.

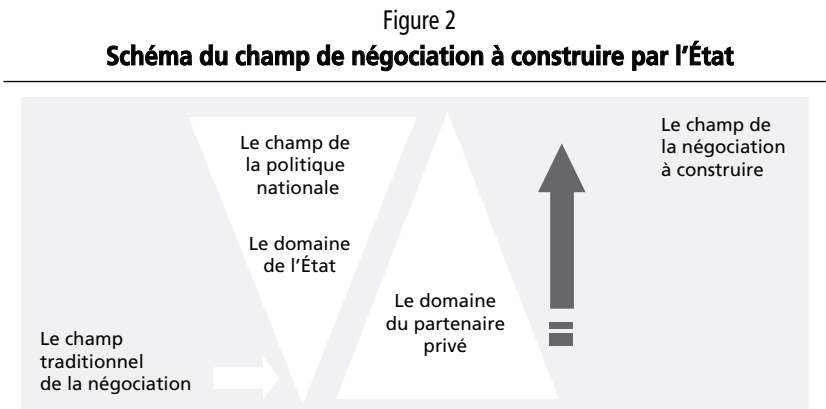
# Le cadre stratégique du processus de négociation

Dans ce chapitre, les éléments de cadrage de la stratégie sont donnés. Ceux-ci sont repris de manière détaillée dans la deuxième partie du volume I du guide. La synthèse des études de cas des pays (volume II) montre que le processus de négociation conditionne le contenu même de la négociation et la qualité de ses résultats.

En premier lieu, il s'agit de se doter d'un cadre global qui permette de donner aux pays des marges de manœuvre dans la négociation. Cette négociation se déroule dans un périmètre défini et s'applique sur un territoire particulier. Il faut également définir ce cadre *a priori*. Ces deux premiers éléments permettent de construire la stratégie et les étapes de la négociation. Enfin, le dernier point rappelle quelles sont les attentes de résultat vis-à-vis du processus contractuel.

## A. Le champ de la négociation

Dans la négociation des contrats de partenariat public privé, les États se trouvent dans une situation de forte inégalité par rapport aux entreprises concessionnaires potentielles. La stratégie à mettre en œuvre consiste ainsi à déplacer la négociation vers le champ pour lequel l'État a le plus de marges de manœuvre. La stratégie est schématisée à la figure 2.





En effet, dans le champ traditionnel de la négociation, le partenaire privé se trouve dans son élément et sa base de négociation est large; il maîtrise l'ensemble du dossier et pratique régulièrement ce type de négociation. À l'opposé, le pays ne négocie que rarement – du fait de la longue durée de ce type de contrat – et connaît une situation d'asymétrie d'information et d'inégalité dans le processus de décision.

Pour rétablir un nouvel équilibre favorable au pays, l'État, avec les instances compétentes, doit élargir le champ de la négociation en y intégrant ses objectifs propres, en matière de politique énergétique et de politique de développement. Il faut alors déplacer ce champ de la négociation et le construire au plus proche des objectifs de la politique nationale et du domaine d'intervention de l'État. Se retrouvant ainsi sur des bases élargies, qui lui sont propres, celui-ci est à même de mener une négociation plus conforme à ses intérêts globaux.

C'est dans cette logique que le cadre stratégique de la négociation est proposé. Trois conditions s'en déduisent :

- élargir les bases de la négociation en la déplaçant vers les champs de la politique nationale;
- construire les bases du partenariat en intégrant les dimensions plus générales de la politique énergétique et en prenant en compte le diagnostic du jeu des différents acteurs en présence;
- et enfin, conduire une stratégie à long terme avec des objectifs formalisés et suivis permettant de garder dans le temps la maîtrise des perspectives contractuelles.

## 1. Élargir les bases stratégiques de la négociation

Élargir les bases de la négociation, c'est définir précisément en amont du processus :

- les idées fortes de la politique énergétique et économique;
- les objectifs précis du contrat de partenariat qui en découlent;
- les moyens disponibles (sur le plan de l'investissement et de la capacité de financement, de la capacité de régulation et de contrôle);
- les conditions de la négociation : quelles sont précisément les équipes chargées du projet, les compétences nécessaires et celles qui sont mobilisables, le soutien réel et attendu de la part des organisations régionales et des institutions financières?

Ces éléments font partie du diagnostic initial du projet. Ils sont du domaine de l'État qui, ainsi, construit les bases de la préfiguration de sa stratégie. Un document est à élaborer en reprenant ces points; les discussions relatives à sa préparation, sa validation en amont entre les différentes parties prenantes au sein de l'administration et avec les instances de régulation sont autant de points gagnés dans la préparation de la négociation future.

## 2. Construire les bases du partenariat

La négociation, puis l'exécution d'un contrat de partenariat s'inscrivent dans un jeu d'acteurs et de partenaires complexes et divers qu'il faut préciser au départ.

Quelques questions préalables permettent de faire ce diagnostic :

- Qui sont les acteurs présents ?
- Quels sont leurs relations, leurs objectifs, leurs modes de fonctionnement et leur positionnement dans l'organisation de la politique énergétique ?

Plus généralement, la question essentielle en matière de stratégie porte sur la nature des relations entre les acteurs et sur les partenariats qui peuvent ainsi se construire.

## 3. Conduire une stratégie à long terme

La négociation correspond à un moment particulier de la vie du contrat, qui s'étend sur une longue période. L'expression de la stratégie énergétique à long terme, formalisée par une série d'indicateurs, est essentielle. Elle porte sur un nombre limité et simple d'indicateurs susceptibles de guider la préparation contractuelle :

- des indicateurs du champ économique ;
- des indicateurs du domaine de l'énergie ;
- des indicateurs de développement.

Avoir des objectifs ne suffit pas ; c'est dans la capacité à mener des politiques à long terme que la stratégie se renforce. Le suivi des évolutions, l'évaluation de la mise en œuvre et de la capacité du contrat à répondre aux objectifs à long terme doivent être au centre du dispositif contractuel.

## B. Le périmètre de négociation et le territoire d'application

On ne peut commencer une négociation sans en avoir défini préalablement le périmètre. Celui-ci se décline à deux niveaux : le premier concerne le périmètre de la négociation lui-même, avec ses conditions économiques, financières et techniques qui font l'objet du cadre contractuel. Le second porte sur le territoire géographique de négociation.

### 1. Le périmètre de négociation

Le périmètre de négociation définit les objectifs généraux en fonction desquels la négociation se construit et soulève les questions de la nature des conditions et des limites qui peuvent être posées à ce périmètre. Il s'agit des conditions portant par exemple sur :

- le niveau des prix, et ce, par type d'utilisateurs ;
- les modalités de financement, en particulier les ressources et l'origine des financements disponibles ;
- le niveau d'implication des finances publiques.

## 2. Le territoire d'application

Les systèmes énergétiques des pays d'Afrique subsaharienne ne sont pas homogènes ; on doit distinguer les zones urbaines desservies en partie par les réseaux électriques et les zones rurales encore très marginalement électrifiées.

En distinguant ces deux types de territoires, des approches spécifiques sont nécessaires, car les conditions économiques et techniques y sont notablement différentes. L'électrification des zones non encore desservies demande des investissements massifs, dont la rentabilité dans la seule sphère de l'économie n'est pas garantie ni réaliste dans une économie en développement. Dans les pays européens, c'est l'intervention déterminante des pouvoirs publics qui a permis de développer l'électrification rurale. La logique n'est pas sensiblement différente dans les pays d'Afrique de l'Ouest, et l'État doit s'investir dans un champ pour lequel les critères d'intervention sont dictés par les critères de développement du territoire.

### **Le développement de l'électrification rurale en France**

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, ce sont des sociétés privées concessionnaires qui vont développer l'électricité en France, comme dans beaucoup de pays industriels. Dans un premier temps, leur action s'est appliquée aux zones urbaines dont la démographie et l'économie assureraient la rentabilité des investissements. Devant leur peu d'intérêt pour le développement des réseaux en milieu rural, les collectivités locales ont pris l'initiative de l'investissement. À cette époque, la politique gouvernementale d'aide à l'électrification des campagnes était fondée exclusivement sur des subventions et des allègements d'emprunts provenant du budget de l'État.

Au milieu des années 1930, les contraintes budgétaires venant à peser de plus en plus, les pouvoirs publics ont été conduits à organiser une solidarité entre villes et campagnes basée sur une égale contribution financière prélevée directement sur les recettes réalisées par les sociétés concessionnaires, « sortant ainsi d'une politique d'incitation vis-à-vis des acteurs économiques<sup>8</sup> ».

Cette mission a été confiée au Fonds d'Amortissement des Charges d'Électrification (FACÉ) créé en 1936 pour aider les collectivités locales rurales à amortir les emprunts souscrits par elles pour financer le développement puis le renforcement de leurs réseaux d'électricité. Ce fonds était alimenté par une contribution assise sur les recettes basse tension des distributeurs d'électricité et calculée à un taux cinq fois plus élevé en zone urbaine qu'en zone rurale. La Loi de Finance de 1937 prévoyait que le fonds couvrirait dorénavant respectivement de 50 % à 80 % et de 20 % à 30 % des charges annuelles communales et départementales en matière d'électrification rurale<sup>9</sup>.

8. F.M. Poupeau, *Le système de distribution électrique français entre État et collectivités locales, de la nationalisation à la mondialisation*. Thèse de doctorat, IEP, 1999.

9. *Ibid.*

Avec la création d'Électricité de France (EDF), la nationalisation des sociétés de distribution d'électricité en 1946 a laissé aux collectivités locales rurales la maîtrise d'ouvrage des réseaux basse tension et leur a confié le soin d'assurer l'extension, le renforcement et plus récemment le perfectionnement de ceux-ci, tout en chargeant EDF de la gestion du fonds. Depuis, le FACÉ est alimenté par un prélèvement sur les ventes d'électricité en basse tension des distributeurs (EDF et Distributeurs Non Nationalisés), dont le taux, fixé annuellement, est cinq fois plus élevé pour les ventes effectuées sur le territoire des communes de plus de 2 000 habitants.

Les aides du fonds, en la matière, sont définies conjointement par les ministres chargés de l'Agriculture et de l'Industrie, après avis du Conseil du FACÉ. Près de 30 000 collectivités rurales, regroupées pour la plupart en syndicats, en bénéficient après répartition par les Conseils Généraux des enveloppes accordées à chaque département concerné. Les collectivités soumises au régime urbain relèvent depuis 1946 des attributions d'Électricité de France.

Le fonds représente aujourd'hui, avec la taxe communale, la principale source de financement des travaux d'électrification rurale et consacre toujours l'essentiel de ses moyens à cette activité. Ses missions ont été élargies, notamment en 1986 (renforcement anticipé d'ouvrages de distribution endommagés par les intempéries), en 1991 (amélioration esthétique des réseaux de distribution) et en 1995 (maîtrise de la consommation électrique et production à partir d'énergies renouvelables).

Le FACÉ attribue des aides d'un montant égal à 70 % du montant des travaux. Les 30 % restants sont financés par les collectivités et par une récupération de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) (pour environ 17 %). Pour les travaux d'amélioration esthétique des réseaux, le taux d'aide du fonds est réduit à 50 % du montant des travaux.

Au début des années 1960, cette mission première d'« extension » de l'électrification à l'ensemble des villages et hameaux français pouvait être considérée comme menée à bien ; tout le territoire national se trouvait desservi par la « fée » électricité. Rapidement s'imposa une seconde mission de « renforcement » de ces réseaux, construits durant la période d'avant-guerre, à une époque où la consommation d'électricité par habitant était beaucoup plus faible. Ce renforcement visait à faire disparaître les chutes de tension dans la livraison de l'électricité. Les efforts déployés depuis ont pour objectif la disparition de tous les points de livraison subissant une chute de tension sur les réseaux 230 V supérieure à 10 %. Le nombre des abonnés mal alimentés a fortement diminué. Il se situe actuellement entre 3 et 4 % en moyenne.

Depuis 1995, le FACÉ apporte son aide à la réalisation d'opérations de maîtrise de la demande d'électricité et de production décentralisée d'électricité à partir d'énergies renouvelables.

Le « perfectionnement » des réseaux, objectif défini depuis 1991, comporte la diminution des interruptions de fourniture d'électricité supportées par les abonnés ruraux ainsi que l'insertion meilleure des réseaux ruraux dans l'environnement paysager (enfouissement, effacement).

## Le juste tarif: entre impôt et coût total

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque les premiers réseaux techniques apparurent dans les grandes villes – distribution d'eau potable, évacuation des eaux pluviales, tramways, chemins de fer urbains – ces activités furent rapidement classées dans la catégorie des biens publics. Les travaux des juristes et des politistes réformateurs<sup>10</sup> rejoignaient une bonne partie des opinions publiques en considérant que ces biens étaient trop importants pour relever des biens ordinaires. La puissance publique devait intervenir pour veiller au respect de principes d'égalité de traitement, d'accès pour tous et de tarification adaptée aux revenus des ménages.

Le premier principe posé fut donc celui de l'existence de biens publics distincts des biens ordinaires. Cette distinction en appelait d'autres. Si les biens ordinaires relevaient du marché et de la libre entreprise, les biens publics se définissaient par une intervention de la puissance publique. Celle-ci définissait les règles du jeu – la réglementation de chaque secteur. Elle pouvait s'en tenir à ce rôle et, dans ce cas, la gestion était assurée par des firmes privées. Ce furent les cas de l'électricité aux États-Unis et de la distribution d'eau en France. La puissance publique pouvait aussi considérer que la meilleure façon de maîtriser ces secteurs était d'en assurer la gestion directe. Dans un grand nombre de pays, ces biens publics furent confiés à des acteurs publics – ministères, entreprises nationales, firmes régionales, régies municipales. Des secteurs qui avaient été développés au départ par des initiatives privées furent repris par des firmes publiques – nationalisations, municipalisation.

### L'impôt et ses conséquences

Cette intervention directe des acteurs publics dans la gestion des biens publics va avoir des conséquences nombreuses, en particulier sur les mécanismes de financement. À cette époque, les marchés financiers n'avaient pas la vigueur qu'on leur connaît à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, et l'impôt était bien le grand mécanisme collectif pour mobiliser des ressources. L'idée que l'impôt servait à financer les premiers investissements – les actifs fixes pour utiliser le langage économique d'aujourd'hui – s'imposa donc de manière parfaitement naturelle. À partir de là, quelle allait être la contribution du consommateur du bien ? Que couvrait le tarif ?

- Le tarif payé par le consommateur ne couvrait pas l'investissement des actifs fixes. Dans cette gestion publique, cela n'avait pas de sens d'augmenter le tarif pour rembourser une dette collective financée par l'impôt.
- Le tarif ne couvrait pas non plus les dépenses d'amortissement. La comptabilité publique de l'époque s'organisait à partir des budgets annuels enregistrant les sorties d'argent. Elle ne disposait pas d'un compte de patrimoine – le bilan des firmes privées – qui conduit à mesurer la valeur totale et nette du patrimoine détenu et, par là même, à passer des écritures qui reflètent « l'usure » des actifs fixes. Il est aussi une raison politique à cette non-prise en compte des coûts d'amortissement. Les élus qui dirigeaient ces firmes

10. Pour en savoir plus sur la construction du service public en France, au tournant du XX<sup>e</sup> siècle, voir Léon Duguit le juriste ou Jules Dupuit l'ingénieur-économiste. Aux États-Unis, les réformistes du mouvement « pour le bon gouvernement » ont été étudiés par E. Banfield et J. Wilson, *City Politics*, Vintage Books, New York, 1966.

publiques avaient tendance à faire d'une faible tarification un critère de bonne gestion. Ils considéraient aussi qu'un impôt additionnel viendrait couvrir les travaux de maintenance lorsque le besoin s'en ferait sentir.

- En définitive, le tarif payé par le consommateur ne couvrait que les dépenses ordinaires de l'exploitation.

Du point de vue des acteurs, les choses se présentaient ainsi. Les entreprises publiques chargées des services en réseau se trouvaient placées sous l'autorité directe d'une institution publique : ministère, gouvernement local. Les directeurs assumaient une responsabilité gestionnaire mais les grandes décisions d'investissement, de politique industrielle et de tarif restaient aux mains des décideurs politiques. Ce schéma institutionnel va avoir des conséquences très importantes. Dans les pays où un véritable corps de managers publics n'a pas réussi à conquérir son indépendance par rapport au pouvoir politique, l'histoire de ces secteurs va se trouver liée aux rythmes de la vie politique :

- interventions pour les nominations d'emploi ;
- tendance à retarder les dépenses d'entretien afin de limiter les hausses tarifaires ;
- politiques de sous-investissement lorsque les budgets publics sont tendus ;
- prélèvement des excédents d'exploitation lorsque ces entreprises en dégagent dans les premières années suivant la réalisation d'un nouvel investissement ;
- maintien d'un système comptable qui ne mesure pas tous les coûts et conduit à une lecture erronée de la réalité économique d'un secteur.

Dans les années 1980, lorsque les besoins d'investissements augmentèrent rapidement avec la croissance démographique urbaine, ce système public ne put y répondre. Les situations se dégradèrent et les nouveaux urbains ne purent avoir accès à des biens publics qui se trouvaient au fondement d'une intervention publique. Tout le système se grippait. Les ressources financières n'étaient pas suffisantes ; les moyens humains étaient souvent mal formés tout le long de la chaîne hiérarchique, et la connaissance que doit procurer un enregistrement comptable faisait défaut.

### **Le coût total et ses conséquences**

Pour toutes ces raisons, dans les années 1990, les économistes de la Banque mondiale et des grandes institutions de développement vont recommander une autre voie de réforme. Puisque les budgets publics étaient exsangues, il fallait mobiliser des financements privés. Puisque la dépendance des opérateurs publics envers les responsables politiques avait conduit à cette impasse, il fallait établir leur autonomie institutionnelle, renforcée par l'intervention d'opérateurs privés. Enfin, le tarif devait refléter le coût réel et complet du service, c'est le principe du *full cost pricing*.

Selon cette formule, les tarifs doivent couvrir le coût d'exploitation + le service de la dette + les amortissements + les coûts administratifs de planification et de régulation<sup>11</sup>.

- La tarification au coût marginal est en général considérée comme la plus efficace pour déterminer les prix.
- Il existe plusieurs méthodes de tarification : constante, proportionnelle, dégressive, à deux parties (une part fixe pour couvrir les coûts du réseau fixes et une part proportionnelle au volume consommé).
- Le tarif devrait refléter les évolutions de long terme des coûts de chaque type de service, ce qui revient à supprimer les subventions croisées traditionnellement pratiquées par les grands opérateurs (tarifs élevés pour les communications interurbaines de téléphone pour subventionner des communications locales sous-tarifées).
- Comme les solutions recommandées vont vers une désintégration des opérateurs verticaux intégrés (*unbundling*) et une entrée du secteur privé, la structure tarifaire choisie pourra être utilisée comme moyen d'incitation pour chaque segment de marché particulier.
- Les objectifs sociaux, comme l'accès de tous aux services essentiels, doivent mieux être financés par des subventions provenant du budget plutôt que par les tarifs et leurs transferts cachés.
- Dans une structure ouverte et l'entrée de plusieurs firmes (transports urbains, collecte des déchets), le risque est que les opérateurs écrèment les segments les plus rentables ; l'obligation de desserte des quartiers pauvres peut nécessiter des réglementations particulières.
- Le financement des services par le budget s'impose lorsqu'un tarif fondé sur les consommations individuelles ne peut être fixé.

Le but de ces sources de financement, bien qu'imparfaites, est « d'introduire plus d'efficacité et de transformer des activités comme l'entretien des routes et l'assainissement d'un financement bureaucratique (par le budget général) à une orientation commerciale<sup>12</sup> ».

Le fait de passer rapidement d'un financement public, avec ses faibles tarifs, à une tarification au coût total a eu pour conséquence immédiate une hausse des tarifs pour les ménages, conduisant dans certains cas à des attitudes de rejet de la part des populations.

Si le principe d'un enregistrement des coûts totaux ne souffre pas de discussion comme moyen de pilotage d'une action publique, sa traduction directe pose un problème. En simplifiant les choses, lorsque les services sont assurés par des firmes privées, le financement des actifs fixes se fait selon une équation 30-70 : 30 % est apporté en capital par

11. Voir en particulier C. Kessides, *Institutional Options for the Provision of Infrastructure*, Washington D.C., World Bank paper 212 : 48-49, 1993. Voir également A. Israël, *La gestion de l'infrastructure, les enjeux des années 90*, Washington D.C., Document de synthèse de la Banque mondiale, 171F, 1993. Plus récemment, voir I. Kessides, *Reforming Infrastructure (Privatization, Regulation and Competition)*, a World Bank Policy Research Report, Washington D.C., London, The World Bank and Oxford University Press, 2004.

12. C. Kessides, p. 49.

la firme et 70 % est emprunté sur le marché des capitaux pour des durées de 20-25 ans et souvent en devises étrangères. Le remboursement de cette dette se trouve imputé au tarif. Cette technique de financement revient à dire qu'une génération finance, par le tarif, un équipement dont la durée de vie, s'il est bien entretenu, est au moins de 50 ans. Cette équation financière revient à faire porter un fardeau très lourd par la première génération qui supporte la réforme<sup>13</sup>.

### Le juste équilibre

Le problème ne réside pas dans une opposition entre impôt ou tarif, mais dans la mise au point du chemin temporel qui permet de passer de l'un à l'autre. Cet exercice conduit à recommander l'incorporation du temps dans le design des solutions institutionnelles. Une voie réaliste de réforme consiste à introduire graduellement, dans les biens publics, des principes de mesure des coûts et d'indépendance de l'organisme gestionnaire.

Considérons l'activité d'une firme de réseau et son compte de résultat (*income statement*). En principe, sa tarification et donc ses recettes devraient permettre d'équilibrer cinq niveaux de dépenses :

1. les coûts d'exploitation immédiats – dépenses qu'il faut engager pour fournir le service ;
2. les amortissements pour financer les travaux de maintenance ;
3. le remboursement de la dette ;
4. les dividendes pour rémunérer le capital apporté par la firme ;
5. le surplus que les dirigeants de la firme peuvent réinvestir pour développer le service.

S'il n'est pas possible d'établir les tarifs pour équilibrer les coûts au niveau (5), une première étape peut être de considérer que le tarif couvre les frais d'exploitation (1) et les frais de maintenance (2), tandis que les actifs fixes – les investissements lourds – se trouvent financés par des crédits aidés, de très longue durée. Donc, le poids de la dette (3) diminue. De plus, puisque les capitaux investis par l'opérateur privé sont plus faibles, le montant des dividendes (4) pour assurer aux actionnaires leur retour sur investissement baisse aussi. L'équation des coûts et des recettes tarifaires devient plus robuste.

Cette solution revient à recommander ce que la plupart des pays industriels ont fait depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Les grands réseaux – autoroutes, chemins de fer, canaux, émissaires d'évacuation des eaux usées, etc. – ont largement été financés par des contributions des budgets publics. Ce n'est qu'un siècle plus tard, lorsque le niveau de vie des habitants s'est élevé, que graduellement la part du tarif a augmenté pour en arriver à une équation en coût total.

13. Sur cette discussion du *full cost pricing*, voir D. Lorrain, « La politique sans le dire ; l'implicite des réformes de la Banque mondiale sur le gouvernement des villes », *Revue française d'administration publique*, n° 107, p. 388 et suivantes, 2003.



Mais entre cette solution graduelle et celle du financement par l'impôt, il y a de grandes différences. Premièrement, les opérateurs de réseaux sont institutionnellement indépendants. Donc, les dirigeants des firmes peuvent concevoir des politiques de long terme adaptées au temps des infrastructures. Il est aussi parfaitement possible de faire intervenir des opérateurs privés dans des schémas de financement partiel par l'impôt. Deuxièmement, cette autonomie permet de mettre au point des outils comptables de connaissance des coûts réels. Troisièmement, la modalité d'équilibrage des coûts selon la voie du tarif, du crédit aidé ou de l'impôt relève d'un véritable choix politique. Cette solution graduelle revient à incorporer le temps, à considérer la professionnalité des dirigeants des firmes de réseaux et à restaurer la mission du politique.

Dominique Lorrain, CNRS, 20 mai 2006.

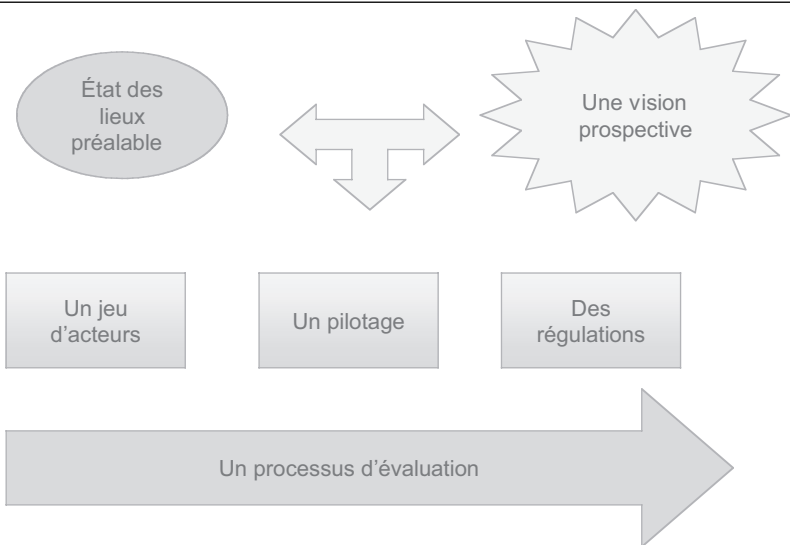
## C. Les étapes de construction du processus contractuel

Les étapes de construction du processus contractuel, schématisées à la figure 3, comprennent :

- un état des lieux préalable;
- une vision prospective;
- un jeu d'acteurs;
- un pilotage;
- des régulations;
- une évaluation.

Figure 3  
Schéma du processus contractuel

P o i n t s  
d e  
r e p è r e



## 1. Un état des lieux préalable

Le détail des conditions nécessaires à la réalisation de l'état des lieux préalable à la mise en concession pour ce qui concerne le secteur ou l'entreprise qui fait l'objet du contrat de concession sera vu plus loin. Pour résumer, l'état des lieux préalable à réaliser s'organise autour des points suivants<sup>14</sup> :

- la situation du pays ;
- la situation actuelle du sous-secteur de l'électricité ;
- les motivations et objectifs du projet de contrat ;
- et, enfin une analyse critique de la situation permettant de comprendre les objectifs de la négociation contractuelle.

## 2. Une vision prospective

La vision prospective donne au processus contractuel, et en conséquence au processus de négociation, ses objectifs. Cette vision prospective est donnée dans les documents de planification nationale et de programmation énergétique. Les stratégies nationales de développement durable en constituent une partie essentielle.

## 3. Un jeu d'acteurs

Les acteurs présents dans le système énergétique et dans la négociation sont à décrire et à suivre tout au long du processus contractuel. Il s'agit pour cela de dresser un état de la situation actuelle des principaux acteurs, de leurs rôles, de leurs responsabilités et de leurs relations, en particulier :

- le gouvernement ;
- l'agence de régulation ;
- l'opérateur historique ;
- le ou les producteur(s) indépendant(s) ;
- les organismes chargés de l'électrification rurale ;
- les organismes chargés de la maîtrise de l'énergie.

La description initiale est la base de la construction du processus contractuel. Pendant la vie du contrat, il est important de veiller à suivre ces jeux d'acteurs, les positionnements respectifs et le champ des actions réelles dans lesquelles ils s'engagent.

## 4. Un pilotage

Le pilotage de la négociation fait partie intégrante du processus de négociation. Par pilotage, on entend :

---

14. L'état des lieux a été réalisé par chacune des équipes des pays participant à la formation-action et présenté dans le volume II du guide.

- décider;
- conduire le projet dans la durée;
- animer l'ensemble des relations avec les parties prenantes à la négociation.

Il convient de réfléchir à qui assure ce pilotage. Celui-ci ne peut être fait par une seule personne ou un seul organisme. Un groupe de pilotage du projet réunira alors l'administration et les instances de régulation. Lorsqu'on parle d'administration, le seul ministère de l'Énergie ne suffit pas; le ministère des Finances, celui de l'Intérieur peuvent être légitimés à participer au comité de pilotage – compte tenu de l'organisation administrative du pays et de la répartition des attributions des différents ministères. Il faudra cependant veiller à ce que la prise de décision puisse être réelle et efficace dans une instance amenée à être compositée.

## 5. Des régulations

La notion de régulation est apparue récemment dans le vocabulaire économique et législatif. D'origine anglo-saxonne, le terme de régulation recouvre un domaine d'intervention relativement large.

La régulation consiste à organiser l'ouverture des marchés à la concurrence en ce qui concerne les services en réseaux (eau, électricité, gaz, télécommunications, etc.) autrefois fournis par des monopoles (le plus souvent publics) réglementés par l'État. La coexistence aujourd'hui dans un même secteur de missions d'intérêt général assurées par un seul opérateur et d'activités en situation concurrentielle nécessite en effet une action publique spécifique qui parvienne à concilier ces deux principes apparemment contradictoires.

Afin d'assurer au mieux cette tâche, on a instauré dans une majorité de pays développés et en développement des instances de régulation indépendantes. Néanmoins, le pouvoir réglementaire reste du ressort de l'État, ce qui marque la différence fondamentale entre réglementation et régulation, cette dernière ne visant qu'à appliquer le cadre législatif, fournir des avis sur les décisions des pouvoirs publics et les comportements des acteurs du marché et, enfin, collecter l'information statistique pertinente sur le secteur en question.

De même, il convient de ne pas confondre régulation et application du droit de la concurrence. La régulation concerne d'abord des secteurs où existent des obligations de service public qui nécessitent, pour pouvoir être correctement remplies, un certain aménagement de la concurrence régnant sur d'autres marchés du secteur. Libéraliser les services publics ne signifie donc pas déréglementer et encore moins déréguler. Au contraire, la régulation et l'action réglementaire de l'État sont encore plus nécessaires pour veiller au bon fonctionnement du secteur libéralisé.

C'est d'ailleurs là une limite possible à l'action de régulation. En effet, une régulation efficace nécessite que des moyens conséquents soient affectés aux instances de régulation et que l'arsenal réglementaire accompagnant la libéralisation soit le plus précis possible. Or, le risque est alors de rendre la régulation plus coûteuse pour la collectivité que le maintien du monopole.

L'autre limite, déjà soulevée par l'analyse économique, réside dans le risque de capture du régulateur par les différents protagonistes du secteur. En effet, le régulateur est en situation d'asymétrie d'information vis-à-vis des opérateurs qui peuvent en user stratégiquement afin d'en dégager des avantages personnels au détriment d'une régulation efficiente.

## 6. Une évaluation

Les processus d'évaluation doivent être mis en place dès le lancement du projet. Il s'agit d'évaluer plusieurs dimensions du contrat par :

- son efficacité, c'est-à-dire sa capacité à atteindre les objectifs fixés ;
- son efficience, c'est-à-dire l'analyse des processus, des moyens et des ressources que les différentes parties au contrat utilisent à bon escient et en temps voulu pour réaliser les objectifs définis dans le contrat ;
- plus généralement, l'analyse des principales évolutions des indicateurs et des grands équilibres contractuels.

À intervalles réguliers, au moins chaque année, une évaluation de la mise en œuvre du contrat doit être organisée. C'est l'objet du rapport d'évaluation établi par le comité de pilotage du projet. Ce rapport se distingue du rapport de contrôle du concessionnaire qui porte uniquement sur le respect des clauses contractuelles. Il est celui de l'autorité délégante et rend compte de l'évaluation globale du processus contractuel et des objectifs qui lui ont été assignés.

## D. Les résultats du processus de négociation contractuel

Le processus de négociation contractuel doit aboutir à :

- un contrat signé ;
- un processus de management de la relation contractuelle, construit, validé et opérationnel ;
- une organisation du suivi de l'exécution du contrat ;
- des moyens humains, financiers et juridiques cohérents avec l'ensemble du processus ainsi arrêtés.

C'est la mission de l'État de s'assurer que le processus conduise à ce résultat et, pour cela, il doit le piloter tout au long de la durée du contrat. Le contrat signé n'est pas l'aboutissement du processus de négociation, il n'en est qu'une étape. C'est l'ensemble défini et validé qui constitue les résultats de la négociation et le point de départ pour la vie du contrat.



## **PARTIE II**

# **Maîtriser le cadre contractuel**

Cette deuxième partie présente les éléments de référence du cadre contractuel des concessions d'électricité. En effet, la stratégie contractuelle présentée précédemment ne peut demeurer cohérente que si le cadre contractuel et la bonne compréhension de ses aspects fondamentaux sont parfaitement intégrés. Cette maîtrise constitue le meilleur moyen de rétablir l'équilibre dans la négociation et de limiter l'asymétrie d'information entre les parties engagées dans la négociation contractuelle.

Le premier chapitre (chapitre III) porte sur les fondements théoriques des contrats de concession. L'expérience a en effet montré que cette maîtrise conditionne le choix du schéma contractuel et des systèmes juridique et économique qui en découlent. Elle évite également les erreurs dans la négociation qui pénalisent lourdement l'équilibre de contrats mal adaptés ou mal conçus.

Le deuxième chapitre (chapitre IV) présente en détail les conditions de réalisation de l'état des lieux préalable. Cette étape est essentielle pour choisir le cadre contractuel qui sera retenu par la suite.

En croisant les fondements théoriques et l'état des lieux, les éléments de choix d'un schéma contractuel ainsi que les procédures concrètes de choix sont précisés dans un troisième chapitre (chapitre V).

Le dernier chapitre, le chapitre VI, est consacré à la définition du contenu contractuel.

# Maîtriser les fondements théoriques des contrats de partenariat public privé

La collectivité publique a le choix entre plusieurs modes de gestion. On peut distinguer deux catégories de modes d'exécution des activités publiques : la gestion directe et la délégation de gestion, qui correspondent à deux modes d'organisation et de fonctionnement foncièrement différents.

## A. La gestion directe

On appelle « gestion directe », la gestion assurée directement par une collectivité publique ou par une structure dépendant directement d'elle. Sont considérées comme gestions directes :

- la régie directe : elle est en fait la collectivité publique elle-même et ne dispose pas d'organes de gestion autonomes ;
- la régie dotée de l'autonomie financière : c'est une structure dotée d'organes propres – un conseil d'exploitation à caractère consultatif et un directeur – mais qui ne dispose pas d'une autonomie juridique ;
- la formule d'établissement public : régie dotée de l'autonomie financière et de la personnalité morale. Elle a le caractère d'un établissement public. Elle est dotée d'un conseil d'administration et d'un président.

*Il convient de noter que la prestation du service public peut également faire appel à un marché public, c'est-à-dire par un contrat conclu conformément aux dispositions du Code des Marchés Publics. On a alors une gestion en régie assortie d'une prestation de services. Cette prestation de services peut concerner une part plus ou moins importante des fonctions assurées.*

## B. La délégation de gestion

La délégation de gestion se définit comme l'ensemble des modalités par lesquelles l'administration publique confie à un tiers la gestion d'une activité dont elle a la charge, moyennant contrepartie économique.

Sera délégation de gestion la conclusion d'un contrat ayant pour objet l'exécution d'une activité publique à destination des usagers en contrepartie du droit de percevoir une rémunération soit de ces derniers soit directement de la collectivité publique.



La gestion de cette activité est confiée à des personnes morales qui peuvent être une entreprise privée, une personne physique, une association, une autre collectivité publique ou un établissement public ne dépendant pas de la collectivité publique délégante.

La délégation de gestion obéit aux lois du marché. Lors des appels d'offres ou du renouvellement des contrats, les entreprises susceptibles de fournir une prestation adaptée sont mises en concurrence. La concurrence s'exerce alors pour le marché et non sur le marché, compte tenu du cycle économique de tels contrats (longue durée). La délégation de gestion ne correspond pas à une prestation de sous-traitance dans la mesure où la collectivité publique confie au délégataire la conception, la gestion, l'exploitation et éventuellement le financement d'une activité de service public. Ce n'est pas non plus une privatisation dans le sens que la collectivité publique demeure l'autorité organisatrice du service et commande au délégataire.

*La doctrine juridique impose, pour la reconnaissance du caractère de délégation de gestion, qu'il y ait un contrat entre la collectivité publique et la personne morale chargée de l'assumer.*

Tableau 1

**Comparaison des différents modes de gestion des services collectifs**

Option	Exploitation et maintenance	Risque commercial	Investissement en capital	Propriété des actifs	Durée
Régie directe	Public	Public	Public	Public	<i>Pas de contrat</i>
Contrat de service (out sourcing)	Public/Privé	Public	Public	Public	<b>1 à 2 ans</b>
Contrat de gérance (Management contract)	Privé	Public	Public	Public	<b>3 à 5 ans</b>
Affermage (Long term lease)	Privé	Privé	Public	Public	<b>8 à 15 ans</b>
Concession	Privé	Privé	Privé	Public	<b>25 à 30 ans</b>
BOT (Build Operate Transfer)	Privé*	Privé*	Privé*	Privé/Public	<b>20 à 30 ans</b>
Privatisation (vente des actifs)	Privé*	Privé*	Privé*	Privé*	<i>Indéfinie</i>

\* ou partagé public/privé en cas d'économie mixte.

On distingue traditionnellement différents types contractuels de gestion des services publics. Avant de les présenter, il convient de prendre une précaution importante.

*La doctrine juridique inscrit les liens entre un délégant et un délégataire de service public dans une relation contractuelle simple appartenant à une catégorie préexistante qui sera appelée ici «type contractuel». Mais l'évolution des pratiques contractuelles d'organisation et de gestion de services publics, ainsi que*

*la liberté laissée aux États et aux collectivités publiques, ne permettent plus de se satisfaire de cette simplicité. Les contrats sont, en effet, de moins en moins faciles à insérer dans des cadres préétablis. Ils sont de plus en plus des contrats sui generis. Cette évolution est liée à la complexité croissante des relations économiques et financières que doivent traduire les contrats. Les opérations, de plus en plus diversifiées, nécessitent des constructions contractuelles qui reflètent cette complexité. Elles peuvent emprunter, de ce fait, plusieurs types contractuels, marier délégations de service public, marchés publics, mécanismes de gestion du domaine public, contrats de nature financière, etc. Ces montages pointus obéissent à des logiques économiques et opérationnelles évidentes. Mais ils ne répondent plus directement à des types; ils constituent souvent des ensembles de dispositions contractuelles, empruntés à différentes branches du droit.*

Cette précaution ne rend pas pour autant inutile la description des types contractuels. Mais il faut admettre qu'ils ne sont, le plus souvent, que des composantes ou des outils de montages complexes.

Il est en tous cas nécessaire de connaître les quatre types traditionnels. La classification qui suit n'est pas unanimement adoptée par les commentateurs, mais elle est la plus classique :

- la concession,
- l'affermage,
- la régie intéressée,
- la gérance.

*On oppose fréquemment la concession et l'affermage, considérés comme des modes de gestion aux « risques et périls », à la régie intéressée et à la gérance, considérées comme des modes de gestion à risques plus limités. La notion de « risques et périls » doit être précisée. Elle signifie que l'exploitant porte le risque de l'exploitation. Mais le risque peut être positif ou négatif. Si le terme « risques et périls » n'était un terme consacré, il serait plus convenable de le remplacer par « risques et profits » ou « risques et chances ». Or, l'affectation du risque est un élément déterminant des contrats de délégation de gestion.*

Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que la théorie de l'imprévision s'applique à tous les types de contrat et que, en fonction de l'imprévision, le juge considère que les cocontractants de l'administration ont droit au maintien de l'équilibre de l'exploitation du service public, non à titre de privilège, mais pour garantir la continuité du service public. La théorie de l'imprévision ne joue que si l'événement est extérieur aux parties et imprévisible au moment de la signature du contrat. Si l'événement est le fait de la collectivité publique délégante, il est le « fait du prince », dont les conséquences sont assez proches, pour la détermination des droits du cocontractant, de celles de l'imprévision.

L'imprévision atténue le risque sans le supprimer, puisqu'elle ne prévoit qu'une compensation partielle des dommages financiers subis par les délégataires de service public.

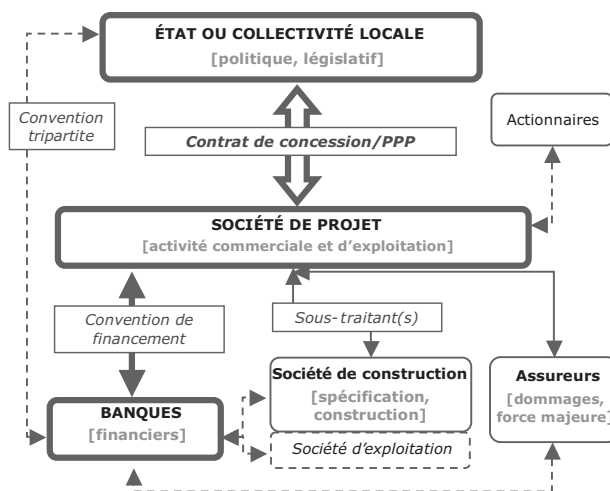
## 1. La concession

La concession<sup>15</sup> est la forme la plus traditionnelle de délégation de gestion. Elle se définit comme un mode de gestion dans lequel une collectivité publique confie à une entreprise le soin de construire, de financer, d'exploiter un équipement à ses risques et périls, en vertu d'un contrat d'une durée suffisante pour permettre l'amortissement des immobilisations financées par le délégataire (figure 4).

La concession se définit par un certain nombre d'éléments caractéristiques.

Figure 4

### Schéma de concession en partenariat public privé



#### A – Nature de la responsabilité du concessionnaire

Le concessionnaire assume la responsabilité la plus large. Il a la charge de la construction des équipements et de leur exploitation. Il assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à ses risques et périls, c'est-à-dire qu'il supporte les risques de l'exploitation dans leur globalité ou pour la plus grande partie. Il est donc pleinement responsable de l'exploitation vis-à-vis des usagers du service public.

Même si l'évolution du droit des concessions conduit à atténuer la portée de cette définition, compte tenu d'un partage des risques de plus en plus fréquent entre collectivité publique délégante et concessionnaire, cette caractéristique demeure un élément fort du droit des concessions.

15. Avant que le terme « délégation de gestion » ne soit établi, le mot « concession » était fréquemment utilisé au sens actuel de délégation de gestion. On utilise désormais le terme de « concession » dans son sens le plus restrictif autrefois dénommé « concession pure ». Elle a constitué le mode de gestion privilégié pour la construction des grands équipements publics, tels que les canaux, les voies de chemin de fer, les réseaux d'eau et la distribution d'électricité.

## B – Régime des travaux

En concession, le concessionnaire a la charge de l'établissement des ouvrages. Il en assure la maîtrise d'ouvrage et le financement. Les travaux qu'il réalise n'ont donc pas le caractère de travaux publics. Leur dévolution doit s'opérer selon des règles du droit privé et n'est pas, de ce fait, soumise aux dispositions du droit des marchés publics.

## C – Régime des biens

Les biens édifiés ou acquis par le concessionnaire dans le cadre de la concession le sont pour le compte de celle-ci et ont pour vocation d'être remis, en fin de contrat, gratuitement, à la collectivité publique.

La terminologie utilisée est la suivante :

- **les biens de retour** sont des biens préexistants mis à la disposition du concessionnaire par la collectivité publique dans le cadre du contrat ;
- **les biens de concession** sont les biens acquis ou édifiés par le concessionnaire en application du contrat et pendant son déroulement. Ils sont considérés, dès leur édification ou leur acquisition, comme appartenant à la collectivité publique. Le concessionnaire en a cependant l'usage et peut les amortir dans ses propres comptes. Il en découle que, quelle que soit la nature des biens en cause, le concessionnaire peut en faire une utilisation équivalente ;
- **Les biens propres** sont les biens acquis par le concessionnaire pour le fonctionnement du service, mais qui ne font pas partie de la concession. En fin de contrat, ils pourront être cédés au concédant ou au nouveau concessionnaire (on parle alors de **biens de reprise**).

## D – Régime financier

La concession étant un mode de gestion aux « risques et périls », le concessionnaire a en principe la charge de l'intégralité des travaux et des coûts d'exploitation. Mais il peut arriver qu'il perçoive, pour le financement des investissements, des participations de la collectivité publique concédante ou d'autres collectivités publiques. En contrepartie, il perçoit l'intégralité des résultats d'exploitation. Il n'a pas à reverser à la collectivité publique une part de ceux-ci. Il doit assumer l'ensemble des impôts liés à l'exploitation.

La collectivité publique, pour sa part, percevra deux catégories de recettes. La première est liée aux investissements que la collectivité publique a pu consentir elle-même avant que ne soit mise en œuvre la concession. Si le financement de ces investissements laisse apparaître une charge résiduelle, la collectivité publique pourra demander à être déchargée de cette charge, soit par transfert au concessionnaire de la charge des annuités d'emprunts correspondantes, soit par remboursement par le concessionnaire des annuités d'emprunt, soit par versement d'une somme en capital.

La collectivité publique peut également percevoir une redevance pour occupation du domaine public; elle ne doit pas être détournée de son objet pour tourner la limitation du montant des droits d'entrée.

Par ailleurs, la collectivité publique peut percevoir des frais de contrôle de la concession.

## **E – Durée du contrat**

La durée du contrat de concession est théoriquement la plus longue parmi les délégations de service public. Elle doit en effet permettre au concessionnaire de couvrir les charges nécessaires à l'amortissement, dans leur globalité, des installations qu'il a financées et ses charges d'exploitation.

## **F – Contrôle du délégataire**

Le fait que le délégataire finance par lui-même ses investissements et exploite à ses risques et périls ne dispense pas l'autorité délégante d'assumer la mission de contrôle qu'elle doit exercer sur la concession.

Les dispositions des contrats de concession doivent permettre au délégant d'exercer pleinement la mission de contrôle sur le concessionnaire répondant à ces obligations.

## **G – Révision des conditions d'exploitation**

Les contrats de concession étant normalement signés pour de longues durées, il est d'autant plus nécessaire de prévoir dans le contrat des clauses de révision des conditions d'exploitation pour tenir compte des aléas inévitables survenant lors de l'exploitation et des évolutions des réalités économiques. C'est ce que l'on appelle le principe de mutabilité des contrats, principe essentiel du droit des concessions qui conduit à ce que, périodiquement, concédant et concessionnaire se retrouvent pour examiner les conditions de fonctionnement de leur contrat et y apporter, si nécessaire, les adaptations indispensables.

Il convient de noter que, même si le contrat ne le prévoit pas, la théorie de l'imprévision, évoquée plus haut, doit s'appliquer.

***Les contrats de concession sont particulièrement bien adaptés pour le développement de services nouveaux exigeant des investissements lourds, excédant les capacités financières et techniques des collectivités publiques.***

Il convient d'indiquer que l'on peut trouver des contrats de concession dans lesquels il n'y a pas, à proprement parler, d'ouvrages à édifier. Le contrat sera cependant un contrat de concession si le délégataire a la charge de financer et d'exploiter – à ses risques et périls – le matériel d'exploitation (par exemple pour les transports publics).

## 2. L'affermage

L'affermage est un mode de gestion juridiquement assez proche de la concession. Certains juristes considèrent qu'il s'agit de deux variétés d'un même type contractuel. Cependant, si l'on se place au point de vue économique et financier, l'affermage apparaît comme un contrat assez différent de la concession. Il se définit comme un mode de gestion dans lequel la collectivité publique confie à une entreprise le soin d'exploiter à ses risques et périls un équipement déjà construit, en se rémunérant directement auprès des usagers par le versement d'un prix.

Les caractéristiques essentielles de l'affermage sont les suivantes.

### A – Nature des risques

L'affermage est un mode de gestion aux risques et périls du délégataire, communément appelé fermier. Le délégataire assume les aléas de l'exploitation et des travaux dont il a la charge. La collectivité publique ne lui assure pas de garantie ni de recettes, ni d'équilibre d'exploitation. Cependant, comme le fermier n'a pas la responsabilité des travaux de premier établissement, le risque qu'il prend est inférieur à celui du concessionnaire.

### B – Régime des travaux

En affermage, les travaux de premier établissement ne sont pas à la charge du fermier, soit que la collectivité publique les assume elle-même, soit qu'ils aient déjà été réalisés.

En ce qui concerne les travaux qui ne sont pas de premier établissement, la répartition des travaux entre les parties varie selon les contrats. Le contrat peut en effet laisser à la charge du fermier les gros travaux de renouvellement, de réparation et d'entretien, voire certains travaux d'extension et de renforcement. Il peut également les laisser à la charge de la collectivité publique : la répartition doit être conçue pour tenir compte des particularités du service comme de la volonté des partenaires. Selon la répartition des travaux qui sera choisie par le contrat d'affermage, celui-ci se rapprochera plus ou moins d'une véritable concession.

En ce qui concerne l'application du droit des marchés publics, la règle est la suivante : les travaux réalisés par la collectivité publique (travaux de premier établissement, certains travaux de renouvellement) doivent être attribués conformément au droit des marchés publics.

### C – Régime des biens

Les équipements remis au fermier sont la propriété de la collectivité publique. Les travaux d'extension, de renouvellement et d'entretien réalisés sur ces équipements le sont pour le compte de l'affermage, c'est-à-dire pour le compte de la collectivité publique qui en est propriétaire. Les biens correspondants appartiennent à la collectivité publique. Cependant, le fermier a le droit d'amortir dans ses propres comptes les travaux dont il a la charge.

Comme dans le cas de la concession, le fermier peut acquérir des biens pour son propre compte. Ces biens propres demeureront en fin de contrat sa propriété, mais il pourra les céder au délégant ou à un délégataire prenant sa place (biens de reprise).

## D – Régime financier

Le fermier perçoit le prix payé par les usagers. Cependant, une partie de ce prix est reversée par le fermier à la collectivité publique pour permettre à cette dernière d'assurer l'amortissement des installations qu'elle a financées. Cette partie du prix, reversée à la collectivité publique, porte classiquement le nom de « surtaxe d'affermage ».

Les impôts et taxes de l'exploitation sont normalement acquittés par le fermier. Comme dans le cas de la concession, la collectivité publique peut percevoir une redevance d'occupation du domaine public.

## E – Durée du contrat

Le fermier n'ayant pas à amortir des travaux initiaux, les contrats d'affermage ne requièrent pas des durées aussi longues que celles des contrats de concession. Le fermier doit cependant amortir des travaux de renouvellement, de réparation, de gros entretien et, éventuellement, d'extension et de renforcement, tels qu'ils sont prévus au contrat.

Par ailleurs, la durée du contrat doit prendre en compte les conditions d'amortissement des investissements immatériels qui peuvent être importants dans ce type de contrat. Aussi, la durée, sans être aussi longue que pour un contrat de concession, est-elle appréciable. Par investissement immatériel, on entend tous les investissements faits en faveur du service et qui se traduisent par la création de biens : politique commerciale, logiciels, connaissance de la clientèle, recherche, etc.

## F – Contrôle du délégataire

Les dispositions relatives au contrôle du délégataire s'appliquent aux contrats d'affermage. Le fermier doit remettre un compte rendu annuel d'exploitation portant sur les conditions techniques et financières de fonctionnement du contrat. Par exemple, si le fermier est chargé du fonctionnement d'un réseau de distribution d'eau potable, il doit donner au maire les informations lui permettant de présenter au conseil municipal un rapport sur la qualité de l'eau distribuée.

Le contrat d'affermage est un contrat de gestion aux risques et périls adapté aux équipements déjà réalisés. Il prend souvent la suite d'un contrat de concession.

*La distinction entre la concession et l'affermage n'est pas toujours facile à réaliser. Si le financement des travaux de premier établissement est partagé entre la collectivité publique et le délégataire, on utilisera le critère de la majorité. Pour le calcul de ces parts respectives, on ne prend pas en compte les subventions venues de collectivités publiques tierces. Lorsque le financement laissé à la charge du délégataire est supérieur à celui incombant au délégant, il s'agit généralement d'un contrat de concession. Dans le cas contraire, il s'agit d'un contrat d'affermage.*

### 3. La régie intéressée

La régie intéressée est un mode de gestion différent, dans sa conception, de la concession et de l'affermage. C'est un contrat par lequel un exploitant, appelé régisseur intéressé, est chargé d'assurer l'exploitation d'un service et d'entretenir la relation avec les usagers en percevant le prix acquitté par ces derniers, moyennant une rémunération qui lui est versée par la collectivité publique. La rémunération comporte un élément fixe et un élément variable. En dépit de la terminologie, il ne s'agit pas d'un mode de gestion directe.

#### A – Nature des risques

En régie intéressée, les risques sont supportés en premier lieu par la collectivité publique. Les risques de l'exploitant ne sont cependant pas inexistants. Ils sont de deux types :

- le risque de ne pas couvrir le niveau de ses charges fixes et donc de percevoir une rémunération insuffisante au regard de celles-ci ;
- le risque de ne pas maintenir les performances à un niveau donné et donc de ne percevoir que de façon limitée la partie de la rémunération liée aux performances.

#### B – Régime des travaux

La régie intéressée ne comporte pas la prise en charge des travaux de premier établissement (c'est-à-dire les travaux neufs visant à la construction des équipements nécessaires au fonctionnement du service) par le régisseur. Celui-ci assume normalement les travaux de petit entretien. Les travaux de renouvellement et de gros entretien sont, en principe, à la charge de la collectivité publique, mais certains contrats de régie intéressée peuvent en confier tout ou partie au régisseur.

#### C – Régime des biens

Les biens sont la propriété de la collectivité publique. Les travaux qui sont réalisés, quelle que soit la partie qui en ait la charge, le sont pour le compte du délégant, c'est-à-dire la collectivité publique. Si le régisseur intéressé réalise, à ses frais, des travaux sur les équipements dont il a la charge, il a la possibilité de les amortir dans ses comptes.

#### D – Régime financier

Le régime financier de la régie intéressée est assez spécifique. Le régisseur intéressé perçoit les recettes d'exploitation pour le compte de la régie, c'est-à-dire au nom de la collectivité publique. Il rend compte de ses charges d'exploitation. Il perçoit une rémunération destinée à couvrir ses charges fixes et à constituer sa marge de profit.

Les contrats de régie intéressée prévoient que le régisseur doit tenir les comptes de la régie et que celle-ci doit être retracée dans les comptes de la collectivité publique. Cet exercice peut se faire de deux manières :



- soit on retrace, dans les comptes de la collectivité publique, l'ensemble des charges et l'ensemble des produits du service ;
- soit on retrace, dans les comptes de la collectivité publique, seulement le solde entre les recettes et les dépenses d'exploitation, qui reste à la charge de la collectivité. S'y incluront le déficit éventuel du service et la rémunération de l'exploitant.

Sur le plan de la transparence de l'exploitation, la première solution paraît préférable.

Les impôts et taxes sont normalement à la charge du régisseur. Le contrat peut prévoir le versement d'une redevance pour occupation du domaine public mais, dans la mesure où le risque de l'exploitation est normalement porté par la collectivité publique, cette formule présente assez peu d'intérêt, car elle correspond à un versement à soi-même.

## **E – Durée du contrat**

Les contrats de régie intéressée sont normalement des contrats avec une durée plus courte que celle de l'affermage. En effet, le régisseur n'a pas la charge d'amortir des investissements lourds. Cependant, si le contrat prévoit que le régisseur intéressé prend à sa charge des travaux de renouvellement et de gros entretien, on pourra prévoir des durées plus longues.

## **F – Contrôle de la collectivité publique**

Comme les autres contrats de délégation de gestion, le contrôle de la régie intéressée s'effectue au moyen d'un compte rendu technique et financier. Dans la mesure où, en régie intéressée, les risques d'exploitation sont portés par la collectivité publique, le contrôle doit être encore plus strict que pour d'autres contrats.

*La régie intéressée est un mode contractuel qui s'adapte assez bien à des équipements dans lesquels les produits d'exploitation ne couvrent pas les charges et pour lesquels la collectivité publique souhaite bénéficier des services d'un professionnel tout en conservant un contrôle détaillé sur le fonctionnement du service.*

## **4. La gérance**

La gérance est un mode de délégation de gestion très proche de la régie intéressée. Le régime des travaux et des biens est identique. La gérance se différencie cependant de la régie intéressée par le mode de rémunération. Alors que le régisseur intéressé perçoit une rémunération qui est partiellement fonction des résultats de l'exploitation (performance), le gérant perçoit, pour sa part, une rémunération liée à des facteurs étrangers aux résultats d'exploitation.

## **A – Nature des risques**

Comme pour la régie intéressée, la gérance est un mode de gestion aux risques de la collectivité publique, mais le risque pris par le gérant est plus faible que celui du

régisseur intéressé; il peut se limiter au défaut de couverture de ses charges par la rémunération fixe qu'il perçoit.

## **B – Régime des travaux**

Les travaux de premier établissement et d'extension sont à la charge de la collectivité publique. Le gérant assure ordinairement les travaux d'entretien courant. Les travaux de gros renouvellement et de gros entretien sont normalement à la charge de la collectivité, mais certains contrats peuvent prévoir qu'ils sont à la charge de l'exploitant.

## **C – Régime des biens**

Les biens de l'exploitation sont la propriété de la collectivité publique, de même que leurs extensions ou leur renouvellement. Si le gérant assure la charge de travaux, il peut les amortir dans ses comptes.

## **D – Régime financier**

L'exploitant perçoit les recettes d'exploitation auprès des usagers. Il restitue les comptes à la collectivité publique; celle-ci lui verse une rémunération fixe.

Deux systèmes sont envisageables:

- soit le gérant rapporte à la collectivité publique l'ensemble des comptes de l'exploitation, produits et charges dans leur intégralité,
- soit l'exploitant rapporte à la collectivité publique la seule différence entre les charges et les produits et perçoit alors ce qui correspond à l'insuffisance des recettes et la rémunération fixe à laquelle il a droit.

La première solution est préférable, car elle permet à la collectivité publique de connaître le coût réel du service.

## **E – Durée du contrat**

La durée des contrats de gérance est brève, comparable à celle de la régie intéressée, mais souvent inférieure. Cependant, si le gérant a la charge de certains travaux et si, de ce fait, le contrat emprunte à l'affermage, la durée peut être augmentée.

## **F – Contrôle de la collectivité publique**

Comme dans les autres conventions de délégation de gestion, la collectivité publique effectue son contrôle grâce aux comptes rendus techniques et financiers. Ce contrôle doit être encore plus étroit que pour les autres conventions de délégation de gestion, car c'est la collectivité publique qui assume elle-même le risque de l'exploitation.

*La gérance est un mode de gestion qui convient assez bien aux services déficitaires mais pour l'exploitation desquels la collectivité publique souhaite recourir aux services d'un professionnel.*

Des abréviations sont parfois employées pour désigner plusieurs types de projets d'infrastructure à financement privé en fonction du type de participation du secteur privé ou du régime de propriété de l'infrastructure en question. Voici les définitions qu'en donne la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International dans son guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé<sup>16</sup> :

- « CET (construction, exploitation, transfert)<sup>17</sup>. On parle de projet CET lorsque l'autorité publique sélectionne une entité privée pour financer et construire une infrastructure ou un système et accorde à cette dernière le droit de l'exploiter commercialement pour une période donnée, à la fin de laquelle l'infrastructure et le droit d'exploitation sont transférés à l'autorité publique. Il existe une variante de ce type de projet, à savoir les projets « construction, location, exploitation, transfert » ou « construction, bail, exploitation, transfert » dans lesquels aux obligations et autres conditions généralement associées aux projets CET vient s'ajouter la location par l'entité privée, pendant la durée de l'accord, des biens corporels sur lesquels l'ouvrage est situé ».
- « CPET (construction, propriété, exploitation, transfert)<sup>18</sup>. Les projets CPET sont des projets dans lesquels une entité privée est engagée pour financer, construire, exploiter et entretenir une infrastructure donnée en contrepartie de quoi elle est autorisée à percevoir de l'utilisateur des redevances et autres droits. À la différence de ce qui se passe dans les contrats CET, l'entité privée est propriétaire de l'ouvrage et des actifs jusqu'au transfert aux autorités publiques. Toutefois, les parties peuvent disposer que l'entité privée sera propriétaire de l'ouvrage à titre définitif et ne sera pas tenue de le transférer aux autorités publiques, auquel cas le projet est appelé « construction, propriété, exploitation » (CPE)<sup>19</sup>. »

Outre les appellations susmentionnées qui visent à faire ressortir le régime de propriété particulier des projets, il existe d'autres formes qui mettent en relief une ou plusieurs des obligations de la société de projet. Dans certains cas, l'infrastructure existante est remise aux entités privées avec charge pour elles de la moderniser ou de la remettre en état, de l'exploiter et d'en assurer la maintenance, à titre définitif ou pour une durée déterminée. Selon que le secteur privé est ou non propriétaire de l'infrastructure, on parle de « remise en état, exploitation, transfert » pour le premier ou « modernisation, exploitation, transfert » dans le second. L'expression « conception, construction, financement, exploitation » est parfois employée pour insister sur le fait que le secteur privé est en outre chargé de concevoir l'ouvrage et d'en financer la construction.

16. *Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé*. Adopté par la CNUDCI le 29 juin 2000.

17. Traduit de l'anglais *Build, Operate, Transfer* (BOT).

18. Traduit de l'anglais *Build, Own, Operate, Transfer* (BOOT).

19. Traduit de l'anglais *Build, Own, Operate* (BOO).

Les contrats mentionnés ci-dessus sont de type concessif à la différence près que la production de service qui en découle concerne un seul acheteur et que l'infrastructure en question n'est qu'un maillon de la chaîne de l'activité publique (unité de production électrique ou de traitement d'eau à l'exclusion du transport ou de la distribution de l'électricité ou de l'eau). Par ailleurs, ces contrats sont représentatifs de la méthode de financement dénommée « financement de projet ».

D'autres variantes sont aussi utilisées :

- **CPEST<sup>20</sup> (construction, propriété, exploitation, subvention, transfert)**, une variante de CET et de CPET, en incluant une subvention de la personne publique limitant le risque pour la société de projet;
- **DCFE (design, construction, financement, exploitation)<sup>21</sup>** confère une mission globale à la société de projet qui va concevoir les infrastructures qu'elle exploitera elle-même;
- **CPE (construction, propriété, exploitation)**: le titulaire du contrat conserve la propriété de l'ouvrage qu'il a construit et exploite.

L'Initiative pour le financement privé (PFI)<sup>22</sup>, avant d'être une forme générique de contrat, était un programme du gouvernement britannique visant à encourager la réalisation de travaux et la gestion des services dont ils sont le support à l'aide d'un financement privé.

Ce programme a été inauguré en 1992. Il a un triple objectif : augmenter la capacité de financement du secteur public, en étalant les paiements liés à l'investissement sur la durée de vie du contrat ; améliorer la qualité des services publics, en imposant au secteur privé des critères de qualité dont le respect conditionnera le montant des paiements ; diminuer la dépense publique, en profitant de la compétence et de la capacité d'innovation du secteur privé et des économies réalisées par l'adéquation des infrastructures au service rendu.

L'outil de cette politique est un contrat. Les contrats de PFI sont des contrats de travaux à paiement public.

La principale caractéristique de la PFI est l'objectif d'un recours systématique à la délégation des activités publiques, par le moyen de contrats à la structure financière normalisée. La délégation de gestion des activités publiques n'est plus un mode de gestion comme un autre des activités publiques, mais le moyen privilégié par le gouvernement britannique.

20. Traduit de l'anglais *Build, Own, Operate, Subsidize, Transfer* (BOOST).

21. Traduit de l'anglais *Design, Build, Finance, Operate* (DBFO).

22. *L'Initiative pour le financement privé* est la traduction libre de « Private Finance Initiative » (PFI).



# Du diagnostic initial au choix entre «faire» et «faire faire»

Préparer un nouveau contrat, c'est d'abord faire le diagnostic de la situation de départ. Cette étape est particulièrement importante et ne doit pas être négligée. Elle conditionne la réussite des orientations futures. Elle comporte un bilan de service qui permet de prendre la première grande orientation initiale : «faire», c'est-à-dire assurer en régie le service public, ou «faire faire», choisir une délégation de gestion.

## A. Le bilan de service

Dans la plupart des cas, l'entreprise d'électricité ou le service, susceptible d'être géré directement ou délégué, existe, et il faut donc procéder à un diagnostic de l'existant.

### 1. Le contenu

Pour établir un bilan de service, on ne doit pas se contenter d'une appréciation subjective. Il convient d'utiliser des éléments objectifs d'appréciation. Quels éléments peuvent être utilisés ?

- les indicateurs externes :
  - le niveau des prestations ;
  - les prix et leur évolution ;
- les indicateurs internes :
  - la productivité du personnel ;
  - la satisfaction du personnel ;
  - l'état des immobilisations et la propriété de ces immobilisations ;
  - la satisfaction des usagers ;
  - les dysfonctionnements dans la gestion du service ;
  - l'équilibre financier ;
  - les retours financiers pour l'administration : redevances, produits fiscaux, etc.
- la qualité relationnelle entre l'administration et les exploitants.

L'évaluation du management de l'entreprise est un élément important et une attention particulière doit être portée aux dysfonctionnements s'étant produits au cours de la gestion. Que peuvent être ces dysfonctionnements ?

- des accidents matériels ayant mis en cause la sécurité des usagers ou du personnel ;
- la survenance de grèves imputables à l'exploitant ;
- des manifestations d'insatisfaction de la part des usagers ;
- des déficits imprévus ;
- des conflits entre l'autorité compétente et l'exploitant.

Cette analyse a pour objet de discerner les causes de ces dysfonctionnements et, en particulier, d'établir si elles sont ou non liées au choix d'un mode de gestion : le dysfonctionnement se serait-il produit si le mode de gestion avait été autre ? Ses conséquences auraient-elles été identiques ?

*Le bilan de service est utile, même si la collectivité publique a décidé de conserver la gestion du service. En effet, il permettra de prendre, même dans cette hypothèse, les mesures correctrices nécessaires.*

## 2. Les sources d'information

Pour procéder au diagnostic de l'existant, les sources d'information sont les documents fournis par l'actuel gestionnaire.

S'il s'agit d'une entreprise nationale, ces documents sont les comptes rendus techniques et financiers établis et soumis à l'examen du conseil d'administration. Ces documents peuvent être ceux qui résultent de l'individualisation comptable<sup>23</sup> imposée par les règles de la comptabilité publique, lorsque le service a un caractère industriel et commercial.

S'il s'agit d'un établissement public, les comptes sont établis selon le plan comptable propre à cet établissement.

Si le service est en délégation de gestion, ces documents sont les rapports annuels techniques et financiers que le délégataire doit remettre à l'autorité délégante. Ces rapports doivent comporter notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de gestion et une analyse de la qualité du service. Ils doivent être assortis d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. En bien des cas, les conventions de délégation de service public devraient distinguer :

- un compte rendu technique, c'est-à-dire la description des prestations fournies avec le détail des éléments caractéristiques du service ;
- un compte rendu financier, c'est-à-dire les comptes du service, présentés selon des règles qui peuvent être différentes ; certains contrats prévoient que les

23. Dans le cas d'une société qui gère plusieurs contrats de délégation concernant plusieurs localités, on impose que chaque délégation ait ses propres comptes.

méthodes d'établissement des comptes doivent être certifiées par le commissaire aux comptes de la société délégataire.

Dans tous les cas, si le service a tenu une comptabilité analytique, les résultats de cette comptabilité doivent être mis à profit pour analyser les performances du service existant et, lorsque c'est possible, les mettre en parallèle avec les performances de services comparables. L'objectif est d'établir un bilan qualitatif et quantitatif du fonctionnement du service.

Il peut aussi être prévu qu'en fin de contrat, le délégataire fera un bilan général de son activité, en présentant de façon synthétique les résultats de son activité pendant toute la période de délégation.

Les autres sources d'information peuvent être :

- une analyse d'enquêtes de satisfaction menées auprès des usagers ;
- des audits menés à la diligence des responsables du service ou de la collectivité publique, par exemple par des cabinets extérieurs, de compétence et d'indépendance éprouvés. Il est recommandé de constituer, pour ces audits, des cellules pluridisciplinaires (technique, financière, juridique).

### 3. La présentation et l'utilisation

Le bilan de service doit être présenté sous une forme synthétique et accessible ; sous une forme trop détaillée, il nuit à la compréhension générale des conditions de fonctionnement du service. Même si les matières traitées sont complexes, on peut, le plus souvent, faire le bilan d'un service public à partir de données quantitatives et qualitatives simples.

*Quelles que soient les modalités selon lesquelles ce bilan est réalisé, il est essentiel que les responsables aient une bonne connaissance de la manière dont le service a été assuré et expriment un avis à ce sujet.*

### 4. La périodicité

Le bilan de service correspond, lorsque l'entreprise ou le service existe déjà, au bilan de service de la délégation de gestion. Ainsi, le diagnostic posé est également l'évaluation du service qui se termine.

Lorsque le service est géré en régie, il n'y a pas de terme légal ; le moment de la réalisation du bilan est laissé à la discrétion de la collectivité publique.

Même lorsqu'une institution délégante n'envisage pas de modifier la gestion d'un service public exploité en régie, il est utile, au regard de principes de gestion publique, d'en dresser périodiquement le bilan, et ce, à des termes suffisamment rapprochés.

Lorsqu'il est géré en délégation de gestion, il convient de raisonner en fonction du terme normal du contrat, qui est fixé par le document contractuel, et de faire en sorte que l'administration dispose du temps nécessaire pour mener la procédure et négocier, si nécessaire.



Les conventions de délégation de gestion doivent avoir une durée limitée. Les formules de renouvellement tacite doivent être proscrites. Les prolongations de contrat doivent être soumises à des règles très limitatives, notamment pour permettre l'amortissement d'investissements non prévus au contrat initial ; il faut que ces investissements correspondent à l'objet du contrat. Il convient donc de prévoir la fin du contrat et d'agir en conséquence.

On estime généralement que la décision doit être prise au moins un an avant le terme normal du contrat, ce délai pouvant être plus important si le service est complexe ou si les conditions de la redéfinition des modalités de la gestion soulèvent des problèmes difficiles. Il en résulte que le bilan de service doit être engagé plusieurs mois avant la décision éventuelle de recourir à la délégation de gestion, soit en moyenne 18 à 24 mois avant le terme normal du contrat, ce qui permettra de mener la concertation sur le bilan de l'existant 12 à 18 mois avant l'échéance – soit conventionnelle, soit voulue – du système en cours.

*Une bonne négociation exige du temps, d'autant plus que le service est important (distribution de chaleur, traitement des déchets ménagers, etc.), voire essentiel (électricité, distribution d'eau, etc.), et qu'il est complexe. Aussi est-il recommandé de réfléchir avec suffisamment d'anticipation sur les conditions de fin d'un contrat en cours, pour s'assurer que la définition du mode de gestion s'élabore dans les meilleures conditions.*

## B. Faire ou faire faire

La collectivité publique a le choix entre la gestion directe du service (« faire ») – ce que l'on appelle habituellement la régie – et la délégation de gestion (« faire faire »). Ces deux modes de gestion obéissent à des logiques différentes.

Pour effectuer le choix entre les deux modes de gestion, la collectivité publique doit conduire des analyses de type coûts-avantages. Ces méthodologies ont pour objet de définir un certain nombre de critères de choix et de noter les différentes possibilités en fonction de ces critères, afin que le choix du type de gestion soit aussi rationnel que possible. La difficulté de cette première étape consiste en ce que la collectivité publique ne dispose pas « d'offres », au sens commun du terme. Elle ne dispose que de l'existant.

Il n'existe pas de critères de choix obligatoires, mais on peut énumérer les critères possibles, représentatifs des différents enjeux ou intérêts autour de la gestion des activités publiques.

### 1. Critères financiers

- coût global du service ;
- coût net pour la collectivité publique ;
- coût net pour les usagers ;
- coût unitaire (coût rapporté à l'unité de service) ;

- coût de financement des investissements;
- évolution des coûts sur la durée du contrat;
- rythme d'évolution des coûts;
- coût actualisé sur la durée du contrat;
- résultats économiques dégagés par l'exploitant (en cas de délégation de gestion);
- retour financier pour la collectivité publique;
- produit des redevances;
- retours fiscaux : taxe professionnelle, taxe foncière sur les propriétés bâties.

*En cas de délégation, la possibilité pour un opérateur de proposer des coûts inférieurs tout en dégagant un profit peut s'expliquer par les économies d'échelle (ou économies d'envergure).*

## **2. Critères de qualité du service**

- niveau technique des prestations;
- niveau d'entretien et de renouvellement des équipements;
- attractivité des tarifs;
- évolution des tarifs dans le temps;
- qualité de la politique commerciale;
- prise en compte des critères sociaux dans la tarification;
- gestion des impayés;
- association des usagers à la politique du service.

## **3. Critères de risques**

- risques techniques;
- risques financiers;
- risques civils;
- risques pénaux de la collectivité publique, de ses élus et fonctionnaires.

## **4. Critères sociaux**

- maintien de l'emploi;
- innovation sociale;
- niveau des rémunérations;
- mouvements sociaux;
- taux d'absentéisme.

## 5. Critères d'avenir

- capacité à intégrer les nouvelles technologies;
- capacité d'innovation technique;
- état du patrimoine de la collectivité publique en fin de gestion;
- valeur du patrimoine de la collectivité publique en fin de gestion.

## 6. Critères de maîtrise par la collectivité publique

- maîtrise de la politique générale du service;
- conditions du contrôle du fonctionnement du service;
- capacité pour la collectivité publique à modifier les conditions de fonctionnement du service;
- capacité d'associer les usagers à la définition des conditions de fonctionnement du service;
- capacité d'organiser des synergies avec d'autres services de la collectivité publique.

## 7. Répartition des risques

Cet aspect doit faire l'objet d'une attention particulière. En gestion directe, la collectivité publique assume, par elle-même ou par ses usagers, tous les risques de l'exploitation. En délégation de gestion, elle en transfère une part plus ou moins grande au délégataire. La répartition des risques est un élément essentiel des conventions de délégation de gestion.

Ces risques sont de diverses natures :

- risque financier pour la collectivité publique. De nombreux événements sont en effet susceptibles d'influer sur l'équilibre économique de l'exploitation : modification des circonstances, modification du comportement des consommateurs, risques climatiques, accidents, etc. La collectivité publique a très généralement obligation de maintenir l'équilibre financier de l'exploitation, soit par des révisions de prix, soit par des adaptations contractuelles (application de la théorie juridique de l'imprévision). Mais cette obligation est automatique en cas de gestion directe;
- risque d'engagement de la responsabilité civile et pénale de la collectivité publique, en particulier en cas d'accident;
- risque d'engagement de la responsabilité pénale personnelle des dirigeants, en particulier en cas d'accident (délit de manque de précaution);
- risque d'engagement de la responsabilité financière personnelle des dirigeants (constitution de gestion de fait, abus de biens sociaux).

Le choix des critères est essentiel. Il dépend de la nature du service et des attentes de la collectivité publique et de ses usagers. Cependant, plutôt que d'éliminer des critères qui ne paraîtraient pas essentiels aux responsables, il est préférable de les pondérer selon les choix de la collectivité publique.

***Chaque collectivité publique, en fonction de la nature du service, de sa situation particulière, de ses choix politiques, doit pouvoir bâtir une grille d'analyse multicritères et classer la délégation de gestion et la gestion directe au regard de ces différents critères.***

On peut remplacer les qualifications « favorables » ou « défavorables » par des pondérations ou des classements. Pondérer, cela signifie accorder une valeur différente à chaque critère et/ou à chaque solution au regard de chaque critère. Classer, cela signifie hiérarchiser les solutions. S'il n'y a que deux solutions (gestion directe, délégation de gestion), la hiérarchisation sera très simple.

La technique de la pondération est conceptuellement la plus satisfaisante, mais le choix des pondérations peut s'avérer délicat. S'il l'est trop, la technique du classement pourra s'imposer.

Pour analyser les résultats, on considérera :

- en premier lieu, les situations conduisant à l'impossibilité. Si l'analyse montre qu'un mode de gestion, au regard d'un critère, s'avère impossible, ce mode de gestion devra être écarté. Une telle qualification doit être tout à fait exceptionnelle. Elle signifierait en effet que le choix d'un des deux grands modes de gestion est, compte tenu des circonstances locales, impossible ;
- en second lieu, la balance entre « favorable » et « défavorable ». Cette balance dépendra essentiellement du choix des critères et de leur pondération, d'où l'importance de ce travail préalable.

Il est délicat de classer, *a priori*, ces différents critères selon les modes de gestion. On peut cependant, sans que ce soit une règle absolue, rappeler quelques tendances.

La gestion directe permettrait plutôt les actions suivantes :

- maîtriser le service de façon élevée ;
- contrôler ses modalités de fonctionnement de manière stricte ;
- mettre en œuvre des actions sociales (tarifs sociaux, impayés) ;
- organiser des synergies internes à la collectivité publique ;
- affecter la marge de l'exploitation à la collectivité publique et à ses usagers.

La délégation de gestion permettrait plutôt les actions suivantes :

- faire des économies de gestion ;
- trouver des ressources financières externes pour financer les investissements ;
- bénéficier des progrès techniques dans le secteur considéré ;
- rechercher des effets d'économie d'échelle, tant dans l'acquisition du savoir-faire que dans le fonctionnement des services ;
- lisser la charge et l'évolution des tarifs sur la durée des contrats ;
- reporter les risques (financiers, juridiques, pénaux) sur les délégués.

Mais, comme tout principe, celui-ci comporte, dans les faits, ses exceptions. Il n'existe pas de solution qui s'impose de façon générale entre gestion directe et délégation de gestion. Chaque mode de gestion a ses avantages et ses inconvénients.

Il existe par contre, pour chaque service, une solution qui apparaît préférable aux autres. Cette solution n'est pas nécessairement la même selon les types de services et les situations locales.

*Les délégations de gestion sont décidées pour une longue durée. Elles intègrent donc d'importants aléas. La répartition de la charge et la gestion de ces aléas sont des éléments déterminants de l'équilibre contractuel.*

### À propos du choix

La mise en œuvre d'un processus de choix de la délégation de gestion est une étape obligatoire du processus de mise en délégation, sauf dans deux cas : lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ou lorsque le service est confié à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les vocations de l'établissement (vocations qui figureront dans ses statuts). On parle alors de « délégation organique ». Deux cas peuvent également apparaître :

- la gestion par un établissement public placé sous le contrôle direct de la collectivité publique ; il s'agit, en fait, d'une gestion directe ;
- la gestion par un établissement public non placé sous le contrôle direct de la collectivité publique, mais dans lequel elle est, en principe, représentée.

En ce qui concerne le choix d'un type contractuel, deux possibilités s'offrent à la collectivité publique :

- soit elle choisit un type contractuel particulier (par exemple, concession ou affermage) dès le stade initial de la procédure, auquel cas tout l'ensemble de la procédure devra être mené en respectant ce choix ;
- soit elle ouvre différentes possibilités de choix lors de la consultation initiale.

Il est recommandé, au stade initial de la procédure, de ne pas trop fermer les différents choix possibles entre les types contractuels. En effet, souvent l'examen approfondi de la situation d'un service et la négociation qui s'organise autour de la procédure peuvent conduire à adopter des types contractuels qui n'avaient pas été initialement envisagés. Si, dès le stade initial de la procédure, la collectivité publique a opté pour un type de contrat particulier et si le déroulement conduit à privilégier un autre choix, elle devrait alors interrompre et recommencer toute la procédure. À l'inverse, si le choix est resté ouvert au stade initial, la procédure pourra être conduite et orientée vers la solution la plus efficace.

# Comment choisir le type contractuel de délégation de gestion

L'objet de ce chapitre est d'aider les États et les collectivités publiques à choisir le type contractuel de délégation de gestion du service public le mieux adapté à leur situation, et aux spécificités des services qu'elles assument.

Le choix du type contractuel de délégation de gestion s'opère en fonction d'un certain nombre de critères, et ces critères forment la première section de ce chapitre. La méthodologie des choix en sera la deuxième section.

## A. Les critères de choix

Le choix d'un mode contractuel de délégation de gestion d'un service public doit être effectué selon un certain nombre de critères. Six critères sont essentiels :

- la nécessité de consentir des investissements sur le service à déléguer ;
- la répartition des risques ;
- le niveau de participation de l'État ou de la collectivité au contrôle ;
- la maîtrise du savoir-faire ;
- l'équilibre du service par des recettes d'exploitation ;
- le prix payé par les usagers.

### 1. La nécessité de consentir des investissements sur le service à déléguer

Si le service n'existe pas ou nécessite des investissements lourds, le mode de financement de ces investissements sera un critère essentiel de choix du mode de gestion.

Si la collectivité publique ne souhaite pas réaliser par elle-même ces investissements, elle devra opter pour un mode de gestion dans lequel le délégataire en assure la charge. Cette décision conduira alors au choix de la concession. Si la collectivité publique assume elle-même la charge de ces travaux, elle ne pourra choisir la concession et devra opter pour l'affermage, la régie intéressée ou la gérance. Si le service n'appelle pas d'investissements nouveaux importants, la solution est identique, mais le poids de ce critère est moins fondamental.

Il reste que, dans un certain nombre de cas, on qualifie de concession des contrats dans lesquels les investissements à consentir sont faibles. Cette qualification est

admissible si le concessionnaire a effectivement la charge des dépenses correspondantes. Naturellement, les équilibres économiques sont, dans cette hypothèse, différents et la durée du contrat ne peut être aussi élevée que lorsqu'il s'agit de construire un nouveau réseau.

## 2. La répartition des risques

Par risque, il faut entendre plusieurs notions différentes.

Le risque est tout d'abord financier. Il tient à la possibilité d'équilibrer ou non le service par des recettes d'exploitation. Même lorsque le service public dispose d'un marché captif, il y a un risque (exemple de l'évolution de la consommation d'eau potable qui, dans les pays développés, après avoir régulièrement augmenté, tend aujourd'hui à diminuer). Lorsque le marché n'est pas captif et que le consommateur a des produits de substitution (transports en commun, halles, foires et marchés, etc.), le risque financier est encore plus réel.

Le risque s'entend également comme un aléa. Les aléas, dans l'exécution d'un service public, peuvent être particulièrement nombreux. Ils peuvent tenir à des évolutions technologiques, à des techniques, à des accidents ou à des évolutions économiques.

Le risque peut être également entendu au sens juridique du terme. L'exploitant d'un service public est soumis à de nombreux risques liés à ses activités tant vis-à-vis des usagers du service public que vis-à-vis des tiers. Si une partie de ces risques est assurable, l'autre ne l'est pas, en particulier les risques à caractère pénal.

La répartition de ces risques est donc un élément essentiel du choix d'un mode de gestion.

## 3. Le niveau de participation de l'État ou de la collectivité publique au contrôle

Le délégant est responsable de l'organisation du service à l'égard des citoyens, usagers du service public. Il doit donc contrôler l'activité du délégataire. Cependant, l'intensité du contrôle n'est pas identique dans toutes les situations et le degré d'implication peut varier.

Plus le contrat sera un contrat aux «risques et périls», plus la collectivité publique devra laisser une marge de manœuvre à l'exploitant. Cela ne signifie pas, bien au contraire, que la collectivité publique puisse se détacher des tâches de contrôle qui lui incombent, mais plutôt qu'elle a moins de poids dans le fonctionnement quotidien des services et doit éviter de pratiquer un contrôle tatillon.

Le délégataire doit donc fournir à la collectivité publique les informations et outils nécessaires à l'exercice de sa fonction de contrôle.

*Le contrôle est donc un échange entre délégant et délégataire, dont l'articulation est différente selon la nature du contrat.*

#### **4. La maîtrise du savoir-faire**

La délégation de gestion présente, parmi ses avantages, celui de faire bénéficier une collectivité publique des produits de la recherche menée par les entreprises, sans qu'elle ait eu à financer par elle-même cette recherche. Cela ne signifie pas pour autant que les collectivités publiques ne soient pas en mesure de disposer de tels produits. Mais elles doivent investir pour les acquérir et les entretenir. En effet, le progrès technique est tel que l'acquisition d'un savoir-faire ne peut se concevoir sans qu'on ait déterminé la façon de l'entretenir. Cependant, tous les modes de gestion ne sont pas identiques de ce point de vue. Si le contrat est aux risques et périls, la collectivité ne pourra prétendre bénéficier du savoir-faire autrement que par l'apport qui lui en sera fait par le délégataire. À l'inverse, si le contrat est à risques partagés, la collectivité peut prétendre détenir au moins une part de ce savoir-faire.

#### **5. L'équilibre du service par des recettes d'exploitation**

Les contrats de gestion aux risques et périls se conçoivent mieux lorsque les charges du service sont couvertes par les recettes d'exploitation.

Les contrats à risques partagés ou pris par la collectivité publique s'adaptent généralement mieux aux services dont seule une partie des charges est couverte par les recettes d'exploitation :

- soit que ces services aient un caractère administratif;
- soit que, tout en ayant un caractère industriel et commercial, ils fassent l'objet d'obligations de service public justifiant le recours à des participations et contreparties de la collectivité publique dans les cas suivants :
  - lorsque les exigences du service public conduisent la collectivité publique à imposer des règles particulières de fonctionnement;
  - lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs;
  - lorsque la suppression de toute prise en charge par le budget de la collectivité publique aurait pour conséquence une hausse excessive des tarifs.

#### **6. Le prix payé par les usagers**

Ce prix résultera :

- des choix politiques et sociaux;
- des conditions de financement des investissements (taux, conditions de récupération des impôts et taxes);
- de la durée d'amortissement des installations (en principe liée à la durée des contrats);
- du régime fiscal, qui peut avoir des incidences sur le prix;
- de la productivité du service;



- de la rémunération de l'exploitant ;
- du prix des produits alternatifs (s'ils existent).

La mise en évidence de ces critères conduit généralement à réduire l'éventail des choix possibles. Il faut également tenir compte de la situation antérieure. Si le service est déjà exécuté en délégation, l'opinion de la collectivité publique sur les résultats du contrat fournira un éclairage précieux.

## B. Le processus de choix

Comment une collectivité publique, ayant opté pour la délégation de gestion, doit-elle concevoir le processus de choix du type contractuel ? Elle doit, pour ce faire, utiliser une démarche structurée et logique qui permet de faire émerger le meilleur choix possible pour les trois partenaires que sont la collectivité publique, les usagers et le délégataire.

La collectivité publique n'est pas obligée d'opter pour un type contractuel déterminé avant que ne débute le processus de sélection du délégataire. Elle peut laisser le choix ouvert. Le choix définitif peut être réalisé ultérieurement à divers stades de la procédure. La collectivité publique peut opter pour un type de gestion à l'étape de remise du document de consultation (voir section « La sélection du délégataire »). Elle peut également laisser le type de gestion ouvert dans le document de consultation. Le choix sera alors fait à la réception des offres ou même ultérieurement, lors des négociations avec le candidat pressenti.

La seule obligation est que le choix du type contractuel soit fait au terme des négociations et avant que le contrat ne soit soumis à l'approbation des autorités responsables. Il n'y a pas, en ce domaine, de règle intangible, mais il convient de respecter quelques principes essentiels de gestion.

*La collectivité publique doit avoir une vision claire du type contractuel qu'elle entend imposer au délégataire. En ce domaine, c'est moins la qualification juridique qui importe que l'équilibre contractuel, les principes relatifs aux travaux, à l'affectation des risques, au financement du service. Les réponses données à un certain nombre de questions conduisent au choix de certains types contractuels. Ainsi, on ne peut qualifier de concession un contrat dans lequel les travaux sont pris en charge par la collectivité publique, ni de gérance un contrat dans lequel le risque de l'exploitation est porté par le délégataire.*

On peut ainsi recommander la méthode suivante :

- Apporter au préalable les réponses aux questions essentielles qui sont soulevées.
  - Le service est-il équilibré par les recettes ?
  - Y a-t-il des travaux à consentir ?
  - Qui doit en assurer la charge ?
  - Qui doit porter pour l'essentiel les risques de l'exploitation ?
  - Quel type de contrôle est souhaité par la collectivité publique ?

Les réponses aux questions ci-dessus déterminent l'essentiel des choix possibles, car plus les réponses seront nettes et précises, plus l'éventail sera réduit.

- Choisir, parmi l'éventail ainsi déterminé, la solution la mieux adaptée aux caractéristiques de la collectivité, du service et aux possibilités de trouver, sur cette base, un délégataire adéquat.

Les réponses à ces questions doivent résulter d'une analyse menée par la collectivité soit de manière préalable à l'engagement de la procédure, soit lors de la procédure, dans le cadre d'une réflexion autonome fondée sur les propositions du ou des candidat(s), mais sans que ce ou ces dernier(s) impose(nt) le choix. S'il n'en était pas ainsi, la collectivité publique prendrait le risque d'une insuffisante maîtrise de la nature du partenariat qu'elle entend construire avec le délégataire; or, cette insuffisante maîtrise est fréquemment à l'origine de contrats insatisfaisants.

Cette analyse ouvre deux voies :

- les contrats aux «risques et périls» qui correspondent aux concessions et aux affermages, ou des formules répondant aux mêmes principes;
- les contrats à risques partagés ou à risques pris par la collectivité publique (les régies intéressées et les gérances), ou d'autres formules répondant aux mêmes principes.

*Lorsque la collectivité publique n'a pas un a priori arrêté sur le choix du type contractuel, une démarche progressive est le processus de choix le mieux adapté. Cette démarche progressive vise à réaliser le meilleur équilibre contractuel pour les cocontractants et les usagers du service public, équilibre qui apparaîtra progressivement, au cours du déroulement de la procédure et des discussions.*

## C. La sélection du délégataire

### 1. L'appel à candidatures

L'avis d'appel à candidatures doit contenir les éléments suivants :

- l'identité et les coordonnées de la collectivité publique qui lance l'appel;
- le nom et les coordonnées de la personne ou du service auprès de laquelle des renseignements peuvent être obtenus;
- la nature et la description du service à déléguer (Quels objectifs en sont attendus par la collectivité publique? Quels résultats sont attendus?);
- la manière dont le service est assuré au moment de l'engagement de la procédure;
- la vocation générale que souhaite lui donner la collectivité publique;
- les caractéristiques générales de la délégation, tout au moins si ces caractéristiques ont été définies (régime général des travaux, type contractuel, politique générale de la collectivité publique à son endroit);
- le ou les dispositifs juridiques envisagés;

- les critères de sélection des candidatures;
- l'adresse à laquelle les candidatures doivent être adressées;
- la composition du dossier de candidature à présenter par les candidats;
- la date limite d'envoi des candidatures.

Le dossier de candidature à remettre par les candidats doit comprendre:

- les coordonnées du candidat (raison sociale et adresse);
- sa capacité à contracter au regard des règles générales des commandes publiques (attestation de conformité aux obligations fiscales et sociales);
- la présentation des références professionnelles et techniques des candidats (il est préférable de laisser aux candidats une assez grande liberté dans la présentation de leurs références).

L'avis d'appel à candidatures doit préciser, même de façon sommaire, les modalités sur la base desquelles la sélection des candidatures doit être opérée. Il n'est pas obligatoire, comme dans le cas des marchés publics, de déterminer et de hiérarchiser les critères. Il n'est toutefois pas interdit de le faire et cela peut être utile.

## **2. La liste des entreprises admises à concourir**

Une fois que la collectivité publique a reçu les candidatures, elle doit procéder à l'établissement de la liste des entreprises admises à concourir.

À ce stade de la procédure et afin d'éviter tout contentieux inutile, il est préférable de se montrer souple et n'écarter de la consultation que les candidats n'ayant pas répondu aux exigences de l'avis d'appel à candidatures ou manifestement non susceptibles de répondre à celles-ci, ce qui ne signifie pas qu'il faille admettre tout candidat. Si des critères ou des exigences (fourniture de documents et d'attestations) ont été formulés dans l'avis d'appel à candidatures, ils doivent être respectés, et les candidats qui ne s'y conformeraient pas seraient éliminés.

## **3. Le document de consultation**

Les candidats admis à concourir doivent ensuite recevoir de la collectivité publique un document de consultation. Il peut exister ou non une réglementation régissant le délai minimal ou maximal pour l'envoi du document de consultation. Il va de soi cependant que le délai doit être raisonnable. Il ne serait guère concevable d'imaginer qu'un document de consultation soit adressé aux candidats plusieurs années après la sélection des candidats.

Le document de consultation doit être adressé à la même date et avec le même contenu aux différents candidats. S'il comprend des éléments difficiles à envoyer ou à reproduire, il est possible de prévoir leur consultation au siège de la collectivité. Mais il faut qu'une telle disposition soit réellement fondée sur des contraintes techniques et ne constitue pas un moyen d'écarter des candidats géographiquement éloignés.

Le document de consultation doit définir les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification des services rendus à l'utilisateur.

Ce document doit être suffisamment précis pour permettre aux candidats de formuler une offre, et notamment pour éviter qu'un candidat en place ne soit favorisé par rapport à un candidat nouveau. Mais il ne doit pas non plus être trop détaillé afin d'éviter que la créativité des candidats potentiels ne soit limitée par un document trop précis. Il est préférable de laisser aux candidats la possibilité de présenter des solutions différentes pour l'organisation du service public. Il y a là matière à un arbitrage subtil et délicat. On peut, de manière générale, distinguer deux hypothèses :

- si la consultation porte sur des activités bien précises, exercées au moyen d'ouvrages définis, le document de consultation sera nécessairement encadré par ces données;
- si la consultation porte sur un besoin précis, sans que les moyens pour l'assurer aient été prédéterminés, le document de consultation sera nécessairement plus ouvert et devra laisser aux candidats la possibilité d'imaginer différentes solutions pour y répondre.

De façon générale, le document de consultation comprendra les éléments suivants :

1. Une note de présentation précisant les objectifs de la collectivité publique délégante et les missions qu'elle entend voir assurées dans le cadre de la délégation de gestion. La description de ces objectifs et missions est particulièrement importante pour permettre aux candidats de présenter des offres s'intégrant bien aux objectifs de la collectivité publique. Aussi la note doit-elle être suffisamment explicite quant aux attentes de la collectivité publique envers le fonctionnement de son service public.
2. Si des études ont été réalisées pour aider la collectivité publique à définir les moyens de nature à assurer le service public, ces études – ou leurs conclusions – devront être produites à ce stade. Il convient de veiller à ce que les candidats ne soient pas liés à l'entreprise qui aura, le cas échéant, réalisé ces études.
3. Des documents techniques qui peuvent comprendre :
  - la présentation des biens immeubles et meubles mis à la disposition du délégataire pour l'accomplissement de la mission;
  - la description technique des ouvrages (existants ou à construire). Il n'est pas nécessaire de fournir des plans détaillés, mais il faut que la description soit suffisante pour permettre de bâtir une offre. Un tableau des immobilisations, avec l'état des amortissements, pourra satisfaire cette exigence;
  - les contraintes à respecter (règlements d'urbanisme, servitudes, etc.);
  - la liste du personnel à reprendre avec les situations statutaires et salariales;

- les contrats dont le délégataire devra assurer la poursuite, qu'il s'agisse de contrats avec des clients ou des contrats avec des fournisseurs (on fournira la liste des contrats au moment de la rédaction du document de consultation, en précisant que cette liste pourra également évoluer jusqu'à la signature du contrat);
- les comptes rendus techniques et financiers soit de la gestion en régie (compte administratif de la régie), soit de la délégation de gestion (par exemple sur les trois dernières années connues), si le service est déjà assuré;
- le schéma contractuel, qui pourra être un modèle de contrat ou une description des éléments principaux du contrat à intervenir (la seconde solution est préférable, sauf si la collectivité publique a une idée très précise du contrat qu'elle entend faire conclure). Plus que la rédaction contractuelle, c'est l'intention de la collectivité publique dans la détermination des objectifs du service et les principes de l'équilibre contractuel qui doivent être mis en évidence. Il n'est pas obligatoire que les prix du service à facturer aux usagers figurent au document de consultation, mais il est nécessaire de préciser les « principes de facturation »;
- les principes relatifs à la durée des contrats (sous forme de durée minimale et maximale) doivent également y être précisés: une durée souhaitable peut y être mentionnée.

Le document de consultation doit être envoyé au même moment à l'ensemble des candidats avec la fixation d'un délai pour qu'ils puissent formuler une offre. Il précise les conditions de remise des offres:

- la structuration de l'offre (plan, documents devant y figurer);
- les conditions d'envoi (en principe un envoi par courrier recommandé ou remise directe avec un récépissé);
- l'adresse d'envoi;
- la date limite de remise des offres;
- l'identité de la personne susceptible de fournir des renseignements complémentaires.

*Si des variantes sont admises, le document de consultation devra le préciser. Il indiquera alors les points sur lesquels des variantes seront admises, leur nombre ainsi que les modalités de présentation.*

#### **4. La remise des offres**

Les candidats sont autorisés, après réception du document de consultation, à demander à la collectivité publique des précisions. La collectivité apprécie la réponse qu'il convient d'apporter. Pour garantir l'égalité entre les candidats, il faut que la réponse apportée à un des candidats soit adressée en copie aux autres candidats.

Il n'y a pas de délai minimal ou maximal de remise des offres. Il convient cependant de donner aux candidats un délai suffisant pour que ceux-ci puissent élaborer et remettre leur offre. Un délai trop bref pourrait poser problème au regard de l'égalité des candidats, surtout si l'un de ceux-ci est l'exploitant en place. Le délai doit également tenir compte d'éventuels déplacements des candidats sur les lieux afin de prendre connaissance de la nature des ouvrages ou pour consulter des documents difficiles à envoyer. Dans la pratique, un délai de l'ordre de deux mois s'avérera adapté à la plupart des contrats.

## 5. L'analyse des offres

Il y a lieu de procéder à l'ouverture puis à l'analyse des offres. La commission chargée de cette analyse peut se faire assister d'experts tels que fonctionnaires de la collectivité publique ou experts extérieurs. Elle peut auditionner les candidats, en veillant à respecter des principes d'égalité lors de ces auditions (même temps d'audition, répartition du temps d'audition entre exposé et questions).

Rien n'interdit de procéder à une nouvelle consultation des candidats si les offres la rendent utile. Il convient cependant d'éviter que cette nouvelle consultation ait pour but de faire travailler l'ensemble des candidats sur une idée originale exprimée par l'un d'entre eux. En effet, si de telles méthodes se développent, les candidats seront de plus en plus réticents à exprimer, au stade de la consultation, des idées originales.

## 6. La signature du contrat

Le contrat ne peut produire ses effets que lorsqu'il a été conclu entre les parties. La collectivité publique doit notifier le contrat au cocontractant.

## D. La gestion de la procédure

Dans plusieurs pays, la procédure qui conduit à une délégation de gestion diffère de celle des marchés publics par au moins un point : le choix du cocontractant et la détermination du contrat sont le résultat d'une négociation, alors que dans un marché public ils sont le résultat d'une procédure d'appel d'offres qui exclut, sauf dérogation, la négociation (marchés négociés).

Le formalisme ainsi que l'objectivité et la prévisibilité qui caractérisent les procédures de sélection avec mise en compétition créent en général des conditions optimales pour la concurrence, la transparence et l'efficacité.

## 1. La collectivité publique s'entoure d'avis, consulte et communique

Pour opérer son choix, la collectivité publique peut s'entourer d'avis. Ces avis peuvent être fournis par des structures spécialisées (experts, avocats, organismes de financement).

Il importe d'articuler le processus de choix de façon cohérente. Les investigations techniques (bilan de service, analyse coût-avantages) doivent être menées avant les

processus de consultation. Il convient cependant que les décisions ne soient pas formellement prises avant de procéder à ces consultations, faute de quoi celles-ci n'auraient aucun sens.

La collectivité publique peut trouver avantage à lancer une action de communication auprès des usagers du service – directement ou par l'intermédiaire des médias – sur les raisons qui l'ont conduite à faire ce choix.

## **2. La collectivité publique est liée par les règles qu'elle définit pour chaque délégation de gestion**

*La procédure de délégation de gestion est une procédure en cascade dans laquelle chaque étape de la procédure doit respecter les principes qui ont été formulés aux étapes antérieures. Le document de consultation doit respecter les informations de l'avis d'appel à candidatures, les offres doivent respecter le document de consultation, le contrat doit être conforme au document de consultation. La collectivité publique construit donc progressivement le cadre qu'elle doit respecter.*

Aussi la collectivité publique doit-elle arbitrer entre deux voies :

- fournir le maximum d'information aux candidats potentiels dès l'engagement de la procédure. Cette option permet à ces derniers de formuler leur offre dans les meilleures conditions possibles mais limite la capacité d'adaptation ultérieure de la négociation ;
- laisser à la négociation la plus grande marge possible. Cette option facilite la liberté de choix mais conduit à un cheminement plus complexe de la procédure.

Selon les circonstances, la nature de l'activité et la volonté politique, les autorités publiques doivent choisir entre ces deux voies, tout en veillant au respect du principe de libre concurrence qui fonde la procédure.

## **3. Une négociation gagnant-gagnant entre la collectivité publique et le candidat**

La délégation de gestion ne relève pas, en principe, du Code des Marchés Publics. Ainsi, contrairement au cas des marchés publics, la proposition d'un soumissionnaire à une délégation de gestion ne le lie pas de façon ferme et définitive à la collectivité délégante. Une négociation dans le cadre d'un « dialogue compétitif » doit prendre place au mieux des intérêts du délégant et du délégataire ; on peut alors parler de négociation « gagnant-gagnant ».

*La collectivité publique doit connaître et utiliser les principes essentiels d'une négociation avec un candidat à une délégation de gestion. L'objectif d'une telle négociation n'est pas de soumettre le partenaire à une pression extrême de manière à ce qu'il accorde au-delà de ce qui est raisonnable. Il est de parvenir au point d'équilibre entre les intérêts de la collectivité publique, ceux de ses usagers et ceux de l'entreprise délégataire. Ce point d'équilibre est en effet la condition d'un contrat satisfaisant pour toutes les parties et qui présente les meilleures garanties d'un fonctionnement harmonieux.*

L'entreprise délégataire doit légitimement assurer la rentabilisation de ses capitaux, qu'il s'agisse de capitaux propres ou de capitaux externes. Il peut arriver qu'elle accepte une rentabilité insuffisante, mais ce ne sera que de manière temporaire, car il n'est pas dans la vocation d'un délégataire de se trouver durablement en contradiction avec la réalité des exigences économiques.

La négociation doit donc intégrer cette réalité tout en recherchant la meilleure solution pour la collectivité publique et ses usagers. Négocier suppose, sur cette base, le respect de quelques règles élémentaires.

1. ***La négociation est une recherche de convergence. Elle ne doit pas être conçue comme un combat dans lequel l'objectif serait de tromper le partenaire.***
2. La négociation doit être préparée, c'est-à-dire qu'il faut :
  - déterminer les participants à la négociation ;
  - connaître, dans la mesure du possible, la marge de négociation du partenaire ;
  - la confronter à sa propre marge de négociation ;
  - décider d'une tactique.
3. Une bonne négociation exige du temps. Des difficultés, des conflits, d'éventuelles ruptures peuvent apparaître au cours d'une négociation. Ils sont souvent inévitables et peuvent même faire progresser la négociation. Il convient d'intégrer les retards dus à ces éventuels incidents dans le calendrier d'une négociation réussie.
4. Si la négociation se poursuit avec deux ou plusieurs candidats, il convient de veiller à respecter une stricte égalité entre ces candidats (dans les questions qui leur sont posées et dans les informations qui leur sont transmises). Le choix d'engager la négociation avec un ou plusieurs candidats est affaire de circonstances. Ce choix s'avère judicieux s'il existe des offres qui peuvent être différentes dans leur logique, qui suscitent un intérêt et qu'il est utile d'approfondir. En ce cas, la négociation est plus lourde et délicate.

Avant d'arrêter définitivement les termes du contrat, il est utile de confronter le résultat de la négociation aux éléments suivants :

- Le résultat de la négociation est-il conforme au contenu du document de consultation ?
- La nature juridique du contrat (si elle a été précisée dans l'avis d'appel à candidatures ou le document de consultation) n'a-t-elle pas été modifiée ? Une révision peut être nécessaire.
- Les objectifs politiques et sociaux affirmés par la collectivité publique sont-ils bien recherchés ?
- Les conditions financières du contrat répondent-elles bien à ce que peuvent accepter les deux parties ?

S'il apparaît une divergence de nature à poser un problème juridique, politique ou financier, il peut s'avérer nécessaire de relancer la négociation.



## Analyser une offre

Comment bâtir une grille d'analyse des offres ? Plusieurs méthodes sont envisageables. Une méthode possible consiste :

1. à examiner si l'offre est conforme au document de consultation. L'offre est-elle complète ? L'ensemble des pièces y figure-t-il ? L'offre correspond-elle au document de consultation par sa nature juridique, par son équilibre financier, par son régime des travaux, par sa durée ?
2. à confronter l'offre aux critères énoncés dans le document de consultation, si celui-ci les met en évidence (ce qui n'est pas obligatoire). Si les critères sont présentés de manière hiérarchisée, leur satisfaction (ou leur insatisfaction) devra être mise en évidence selon la hiérarchie formulée. Si les critères ne sont pas hiérarchisés, les réponses devront être présentées à plat.
3. à confronter les offres à une grille multicritères. Ces critères peuvent être :
  - des critères techniques : qualité des projets, qualité des prestations (il est utile d'élaborer un ensemble de critères techniques d'efficacité permettant de mesurer la valeur technique d'une offre) ;
  - des critères de service rendu aux usagers : accueil, politique commerciale, etc. ;
  - des critères financiers : prix pour les usagers, coût annuel pour la collectivité publique ou sur la durée du contrat (en utilisant la technique de l'actualisation). Il est utile de calculer des valeurs actualisées nettes des flux entre les usagers, le concessionnaire et le concédant ;
  - des critères fiscaux : analyse des choix fiscaux lorsque ceux-ci sont possibles, retours fiscaux pour la collectivité publique, modalités de compensation financière versée par la collectivité ;
  - des critères sociaux : nombre d'emplois créés ou maintenus, conditions de travail, structure tarifaire (en particulier, dans sa dimension sociale), méthode de gestion des impayés ;
  - des critères de sécurité pour la collectivité publique : conformité aux objectifs de la collectivité, durée du contrat (la durée la meilleure n'est pas nécessairement la plus courte). La durée doit être confrontée aux coûts pour la collectivité et les usagers ainsi qu'à la répartition des risques. Il est utile de dresser un tableau des risques selon les différentes offres ; cette matrice permet d'étudier les incidences des différentes situations susceptibles de se produire) ;
  - des critères juridiques : qualité des couvertures d'assurances et de protection de la collectivité publique contre les différents risques ;
  - des critères économiques : valorisation du patrimoine local (état du patrimoine en fin de contrat), impact sur le tissu économique local ;
  - des critères de fiabilité : structure de financement de l'exploitant (répartition entre les fonds propres et emprunts), réputation de l'exploitant (références techniques et financières), garanties accordées par des tiers ;
  - des critères environnementaux : contribution à la réduction des nuisances, esthétique des ouvrages prévus.

Ces critères peuvent être pondérés ou hiérarchisés, ce qui permet de procéder à une hiérarchisation des offres. La collectivité publique doit utiliser ses techniciens pour cette analyse complexe et, si nécessaire, faire appel à des experts extérieurs spécialisés dans l'analyse des conventions de délégation de gestion.

4. à indiquer, pour chaque offre, les éléments de nature à appeler des modifications ou des améliorations dans le cadre de la négociation éventuelle.

Les résultats de la grille d'analyse doivent être présentés aux décideurs de façon claire et accessible, par exemple sous la forme d'un tableau synthétique.



# Le contrat

L'objet de ce chapitre est d'indiquer aux partenaires d'une convention de délégation de gestion les éléments principaux qui doivent y être intégrés. Quelques principes essentiels doivent d'emblée être affirmés.

1. Le contrat est un élément indispensable de la délégation de gestion. Une délégation de gestion ne se conçoit pas sans contrat, parce qu'on ne peut imaginer que les droits et obligations des différentes parties ne s'inscrivent pas dans un document écrit.
2. Le contrat est un document fondamental qui va régir l'ensemble de l'activité publique durant la délégation. Mais il ne peut prévoir par lui-même tous les événements susceptibles de se produire sur la durée de la convention. Il doit donc permettre d'envisager les moyens de s'adapter à l'ensemble des aléas pouvant survenir. La mutabilité contractuelle est la condition du maintien des contrats de longue durée dans un univers en accélération.

Il faut évoquer la structure contractuelle avant de présenter l'équilibre contractuel et le contenu des contrats.

## A. La structure contractuelle

Quelles clauses doivent figurer dans le contrat? Le contrat de délégation de gestion doit respecter un ensemble de règles de droit. Ces règles, de portée générale, s'imposent même si elles ne figurent pas au contrat ou si des dispositions contraires y sont inscrites, ce qui peut d'ailleurs constituer un cas d'illégalité du contrat.

La collectivité publique ne peut se dessaisir de la compétence d'organisation du service public, c'est-à-dire de la détermination des règles générales de fonctionnement. Le contrat doit donc contenir les clauses correspondantes et ne peut renvoyer à une décision du délégataire.

Le contrat doit permettre le fonctionnement régulier du service public. Ce principe impose que la nature du service y soit définie de manière détaillée, que les obligations du délégataire mais aussi du délégant y apparaissent nettement, que les clauses permettant au délégant de prendre toutes mesures de nature à assurer la continuité du service y figurent.

Les prix du service doivent nécessairement figurer au contrat: la convention doit stipuler les tarifs à la charge des usagers et préciser l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution.

Toutes les dispositions permettant de s'assurer de la continuité mais aussi de la qualité du service doivent être inscrites dans le contrat. Le contrat doit également anticiper les évolutions de la législation. Un contrat équilibré est celui qui sait anticiper les événements qui peuvent influencer sur lui et organiser leur gestion.

## **B. L'équilibre contractuel: le principe de base**

Un bon contrat de délégation de gestion est un contrat équilibré. Derrière cette affirmation de principe, qui n'est pas contestable, se présente une évidente difficulté: qu'est-ce qu'un contrat équilibré?

Deux conditions sont essentielles à la détermination de l'équilibre d'un contrat: il convient que les risques soient définis et répartis, et que le contrat assure une juste rémunération du délégataire.

### **1. Les risques**

Le partage des risques est un élément essentiel des conventions de délégation de gestion. Il est aussi l'un des plus difficiles à déterminer. Il suppose un travail de définition des risques. La liste des risques susceptibles d'influer sur un contrat dépend de la nature de celui-ci. Il existe cependant une liste commune de risques.

- risques liés à l'évolution législative, réglementaire et à l'application de normes nouvellement édictées;
- risques liés à l'évolution technique;
- risques liés à la situation sociale: faits de grèves, en distinguant les grèves spécifiques aux services et celles à portée plus générale;
- risques liés à des accidents;
- risques liés à l'apparition de produits concurrents susceptibles de déstabiliser l'exploitation;
- risques liés aux modifications des comportements de consommation;
- risques liés à l'évolution des prix.

Certains risques sont, sauf cas exceptionnel, de la responsabilité du délégant (le risque législatif et réglementaire), d'autres sont normalement portés par le délégataire (c'est le cas des risques à caractère conjoncturel).

La gestion d'un certain nombre de risques est directement liée à l'équilibre contractuel. D'autres trouvent normalement leur solution dans l'application des principes permanents du droit des contrats:

- le principe de l'imprévision a pour conséquence de protéger l'exploitant contre un bouleversement des conditions d'exploitation, afin d'assurer la pérennité de l'activité publique. Le cocontractant de la collectivité publique a droit à

une révision du contrat dans le cas où l'économie de celui-ci est bouleversée par des événements imprévisibles, qui ne sont pas le fait de la collectivité délégante; il a droit à une compensation, mais celle-ci n'est pas intégrale – une part du préjudice est laissée à sa charge;

- le principe du fait du prince, qui protège l'exploitant contre les actes de la collectivité contractante qui déstabiliseraient l'exploitation; la compensation à laquelle a droit le cocontractant est normalement égale au préjudice subi.

Mais ces principes ne sont pas en eux-mêmes suffisants. Il faut en préciser les conditions d'application. La répartition des risques et la définition des modes opératoires d'application de la répartition choisie constituent un élément essentiel de la négociation du contrat. Dans le même esprit, le contrat doit prévoir les conditions de sa propre adaptation par la mise en œuvre tant des classiques mécanismes de sanction, à la disposition du délégant, que des mécanismes liés aux événements qui peuvent modifier la vie du contrat.

Le principe de mutabilité des contrats est aujourd'hui devenu une exigence essentielle dans un environnement économique et social toujours plus mouvant. Ce principe doit être affirmé par le contrat, et les conditions de sa mise en œuvre définies. D'où la nécessité de prévoir des clauses de rendez-vous périodiques et des formules efficaces d'adaptation des contrats aux élus.

## 2. Le principe de juste rémunération du délégataire

Le principe d'équilibre financier est un principe essentiel du droit des délégations de service public. C'est aussi un principe du droit des contrats administratifs, dont la délégation de gestion est une des catégories; ce principe est né du droit des concessions. Pourquoi des capitaux privés s'intéresseraient-ils à la gestion des services publics, s'il n'y avait pas une rentabilité normale à en attendre?

La notion de juste rémunération du délégataire implique également que sa rémunération ne soit pas anormale ou excessive. Ce principe de juste rémunération du délégataire n'entraîne cependant pas une adhésion générale.

### A – Le débat

Les uns considèrent que la rémunération des délégataires de service public masque leurs véritables profits, et qu'il est donc légitime de chercher à diminuer, autant que faire se peut, la profitabilité des contrats. Les autres craignent que les sociétés délégataires ne disposent de moyens pour engranger des profits non visibles et pensent que la collectivité publique doit donc rechercher à les limiter, voire à les supprimer.

Il y a, dans ces points de vue, l'effet d'un sentiment assez largement répandu: celui de l'illégitimité du profit privé sur une activité publique, que l'on exprime parfois dans une formule triviale, la privatisation des profits et la socialisation des pertes. Ce mélange de positions idéologiques et de sentiments éprouvés est alimenté par un environnement d'usagers aisément réceptifs à ces thèses.

Il reste que le principe d'une juste rémunération du délégataire doit s'imposer, et ce, pour deux raisons fondamentales. La première est que l'on ne voit pas pourquoi une entreprise délégataire chercherait à assurer un service si elle n'en retirait pas une rémunération. La seconde est que, si elle n'en retire pas une rémunération dans le contrat, elle cherchera à le faire en cours d'exécution du contrat : elle réduira la qualité du service fourni ou bien encore elle cessera l'exploitation, tous événements de nature à perturber la vie des contrats et à ébranler les principes du service public.

Reste à savoir ce qu'on entend par juste rémunération et comment elle doit être fixée.

## **B – La notion de juste rémunération**

La notion de juste rémunération peut être appréhendée d'une double façon :

- par une référence au taux de rendement : la rémunération se calcule sur la base du capital investi par le délégataire, dans une logique de comparaison avec d'autres placements ou d'autres contrats ; ou
- par le niveau de rémunération qui se situe juste au-dessus de celui que le délégataire n'est plus prêt à accepter : c'est une logique de négociation dans un contexte concurrentiel.

Pour la collectivité délégante, la première approche est plus facile à manier que la seconde. En effet, comme le veut le jeu d'une négociation, l'entreprise candidate à la délégation ne livrera pas au délégant le point en deçà duquel elle ne peut aller, sa « rémunération plancher » (*deadline*). Il n'est cependant pas impossible, dans une négociation bien conduite, de parvenir à mettre ce point en évidence, mais il n'est nullement certain qu'on puisse y arriver. Par ailleurs, cette première approche est la plus transparente. Elle correspond aux exigences légales puisqu'il est fait, en pratique, obligation aux candidats à la délégation, avant la signature du contrat, de produire un compte prévisionnel d'exploitation : celui-ci doit permettre d'apprécier la rentabilité du capital investi et donc le caractère normal ou anormal de la rentabilité prévisionnelle.

## **C – L'analyse du compte d'exploitation**

La construction et l'analyse d'un compte prévisionnel d'exploitation sont des exercices délicats. On ne peut se contenter d'en lire les résultats. On évoquera ici quelques principes utiles à l'analyse.

On peut mener :

- une analyse comptable de la rentabilité du service. Celle-ci se mesure en analysant la rentabilité présentée sur la durée du contrat, en utilisant le ratio résultat d'exploitation/chiffre d'affaires. Le ratio fournit la marge dégagée par le délégataire. Il est normal que les comptes prévisionnels mettent en évidence une marge, car une entreprise privée délégataire n'a pas vocation à travailler durablement sans marge ;

- une analyse financière en rapportant les résultats aux capitaux investis (capitaux empruntés et/ou capitaux propres, pour les investissements et le financement de l'exploitation). On utilise également, en calcul économique, le taux de rentabilité interne, c'est-à-dire le taux d'actualisation qui annule le bénéfice actualisé (plus ce taux est élevé, plus l'exploitation est rentable).

Ces résultats doivent être analysés avec précaution. Les données brutes n'ont pas une signification générale, car les différents métiers de la délégation de gestion n'offrent pas tous les mêmes conditions de rentabilité.

Mais l'analyse financière et comptable doit être complétée par un examen des données fournies. La collectivité publique doit s'assurer de la vérité des charges affectées à l'exploitation. En effet, les délégataires de service public sont le plus souvent intégrés à de grands groupes, dont ils utilisent les services. Ces services donnent lieu à facturation ou répartition des charges. Toute la difficulté pour la collectivité délé-gante est alors d'apprécier la réalité de ces charges. Elle peut le faire de plusieurs manières : soit en demandant des justifications précises des facturations ainsi réalisées entre sociétés affiliées ; soit, le cas échéant, en imposant que le délégataire prenne une organisation juridique adaptée et que ses comptes soient soumis à un commissaire aux comptes dont l'une des missions est justement de s'assurer du caractère réel des facturations entre une société et un actionnaire.

Des analyses complémentaires doivent être menées. Les comptes prévisionnels des contrats incluent des calculs de trésorerie. Le financement des besoins de trésorerie est normalement imputé à un contrat, mais il convient de mesurer le coût du finan-cement correspondant.

Un délégataire constitue normalement des provisions pour le renouvellement des équipements, lorsque ceux-ci sont à sa charge. Les méthodes d'estimation de ces charges doivent également être précisées. Les effets fiscaux doivent également être mesurés. Les concessionnaires de service public peuvent pratiquer l'amortissement de caducité, c'est-à-dire amortir comptablement le capital investi. Cette opération procure un avantage au regard de l'impôt sur les sociétés.

En matière financière, les flux de trésorerie doivent être finement analysés. Si le délégataire est autorisé à percevoir des recettes pour le compte de la collectivité publique – crédits d'impôts et taxes par transfert du droit à déduction, surtaxe d'affermage – et qu'il est autorisé à les conserver pendant une certaine durée, l'avantage de trésorerie correspondant – qui soit génère des produits financiers, soit économise des frais financiers – devra être calculé. À l'inverse, le délégataire devra imputer en charges du contrat tous les déficits de trésorerie liés à son fonctionnement, car il devra les supporter.

Lorsque le délégataire a la maîtrise d'ouvrage de travaux, les avantages réper-cutables sur les sociétés filiales ou affiliées peuvent être substantiels. Ils sont très difficiles à apprécier. L'un des moyens de contourner la difficulté pourra être de prévoir que, dans le cadre du contrat, les procédures d'attribution des travaux fassent l'objet



d'une mise en concurrence par le maître d'ouvrage, en liaison avec la collectivité délégante. Cette solution est recommandée lorsque la collectivité publique participe, par des subventions d'équipement et de fonctionnement, à la couverture des charges.

En fin de contrat, les délégataires de service public doivent rétrocéder gratuitement les biens de concession au délégant, sauf si une disposition particulière prévoit la prise en charge de la part non amortie des équipements, et ne peuvent en aucune façon prétendre disposer d'une quelconque clientèle ou fonds de commerce. En principe, la survaleur *good will* est nulle, ce qui simplifie l'analyse.

C'est sur le fondement de ces éléments que l'on peut envisager de calculer le taux de rentabilité prévisionnel du contrat. Celui-ci doit être affecté d'un coefficient lié aux risques de l'exploitation, coefficient qui n'est pas facile à mesurer. On peut l'intégrer en calculant différentes hypothèses de fonctionnement du service et donc de résultats, ce qui conduira à une gamme de taux de rentabilité. On peut également l'intégrer d'une autre manière: il n'est pas illégitime de considérer qu'un contrat dans lequel les risques de l'exploitation sont réellement supportés par le délégataire comporte un taux prévisionnel de rentabilité légèrement supérieur à d'autres. Le calcul d'une rentabilité prévisionnelle est donc un exercice qui appelle une analyse fine. La collectivité publique doit utiliser des éléments prévisionnels qui lui sont remis par les candidats à la délégation. Elle peut, à cette fin, se faire assister d'experts.

Le principe d'une régulation de la rémunération du délégataire en cours de contrat s'affirme de plus en plus. Ce principe, qui n'est d'ailleurs pas partagé par tous, ne peut pas être conçu de manière uniforme. Dans les contrats à «risques partagés» du type gérance ou régie intéressée, le principe de régulation de la rémunération du délégataire est inscrit dans le contrat lui-même. Dans les contrats aux «risques et périls», ce principe, déjà ancré, est aujourd'hui encore renforcé.

Les partenaires ont donc le choix entre:

- accepter que les aléas, positifs ou négatifs, profitent au délégataire ou le pénalisent. Celui-ci ne pourra alors, sauf cas d'application de la théorie de l'imprévision, revendiquer une révision des clauses de rémunération. À l'inverse, la collectivité publique ne sera pas fondée à contester une profitabilité qu'elle jugerait excessive si celle-ci n'est que le résultat du contrat;
- organiser des clauses de rendez-vous réguliers visant à recalculer périodiquement les conditions financières pour tenir compte de l'évolution de la vie du contrat. Il faut alors bien intégrer que la profitabilité s'apprécie sur la durée d'un contrat et non sur une de ses séquences.

Dans la pratique, on aboutit à des solutions intermédiaires. Les événements survenus depuis la signature du contrat doivent être intégrés par des adaptations juridiques, sans que soient remis en question les équilibres initiaux.

### 3. La position du délégataire vis-à-vis des usagers et des concurrents

En principe, le délégataire, par un droit qui lui est accordé par le délégant, fournit un service à des usagers dont la situation emprunte à la fois à celle d'administrés et de clients. Il le fait, très généralement, en situation de monopole et toujours en disposant de prérogatives de puissance publique.

Cette relation est doublement inégalitaire : à l'égard des usagers, aux prises le plus souvent avec une situation monopolistique et soumis à autant de devoirs que de droits, ainsi qu'à l'égard des services concurrents qui, lorsqu'ils ne sont pas exclus de l'offre de prestations, sont placés dans une situation d'infériorité ou de subordination. Cet aspect demeure un caractère général du droit des services publics. Mais une évolution importante se fait actuellement, tant dans les économies développées que dans les pays en développement, de la place grandissante du marché et des aspirations des usagers. Elle porte, pour l'essentiel, sur les services publics dits « marchands », c'est-à-dire, essentiellement, les services publics à caractère industriel et commercial. Cette évolution se traduit :

- par l'intégration du droit de la concurrence dans le droit des délégations de service public. Le délégataire, qui sera le plus souvent en position dominante, ne doit pas en abuser. Or l'abus de position dominante peut résulter des termes du contrat (par exemple : durée, conditions de renouvellement en fonction des cas d'espèce) ;
- par l'intégration, dans le droit des activités publiques, de règles issues du droit de la consommation. Or, les dispositions susceptibles d'être contestées sur le fondement de ce droit résultent, le plus souvent, des termes du contrat.

C'est en fonction de ces nouvelles exigences qu'est définie la position du délégataire vis-à-vis des usagers et de ses éventuels concurrents, telle qu'elle résulte du contrat.

## C. Les composantes du contrat

Chaque contrat de délégation de gestion comporte des clauses adaptées à son objet, mais on retrouve une structure commune qui forme l'ossature de la majorité des contrats. Ce sont ces clauses qu'il convient d'examiner en rappelant, pour chacune d'entre elles, quelques préceptes réglementaires et de gestion.

### 1. Objet et formation du contrat

Ces clauses doivent permettre de connaître la nature exacte du service confié au délégataire. L'activité doit être précisée avec soin, de manière à éviter tout litige sur le contenu du service. Les clauses doivent également préciser à partir de quelle date le délégataire assume ses responsabilités.

Le délégataire doit être identifié par sa raison sociale (ou éventuellement son nom s'il s'agit d'une personne physique).

Un contrat de délégation de gestion lie une collectivité publique délégante à un délégataire. Si un même service public fait l'objet d'une répartition spatiale ou fonctionnelle entre plusieurs délégataires, il est préférable de conclure un contrat avec chacun des délégataires, en veillant à l'articulation de leurs responsabilités respectives.

La subdélégation se distingue normalement du recours à des entreprises prestataires. Dans la subdélégation, le délégataire confie à un tiers le soin d'exécuter, à sa place, une partie des tâches relatives à l'exécution du service public (ce qui signifie que le subdélégataire sera en contact avec les usagers). La subdélégation et le subdélégataire doivent être autorisés par le contrat ou un éventuel avenant. Elle ne modifie pas la responsabilité du délégataire vis-à-vis du délégant. La subdélégation doit être conçue avec suffisamment de prudence pour ne pas être assimilée à une cession de contrat.

De la même manière, on peut avoir recours à des entreprises prestataires ; il ne faut pas leur confier des tâches d'exécution du service, afin qu'elles ne soient pas qualifiées de subdélégataires. Le délégataire peut en effet avoir recours aux services d'autres entreprises, sans que celles-ci participent directement à l'exécution du service public. Le délégataire peut le faire librement.

## 2. Exploitation

Cette clause doit avoir pour objet de préciser les conditions dans lesquelles le service doit fonctionner. Elle doit détailler le champ exact des responsabilités du délégataire et la manière dont le service doit être assuré.

L'exécution du contrat doit être personnelle, sous réserve de l'agrément des subdélégataires éventuels. C'est dans ce chapitre que le contrat fixe la forme et la nature des relations entretenues avec les usagers. Il prévoira le plus souvent l'élaboration d'un règlement du service, document préparé par le délégataire mais approuvé par la collectivité publique délégante, par lequel sont définies les conditions dans lesquelles l'utilisateur a accès au service, ses modalités d'information, ses droits, la manière dont il peut les invoquer.

Les conditions de fonctionnement doivent respecter les principes fondamentaux du service public :

- continuité du service. L'utilisateur a droit au fonctionnement régulier et continu du service public ;
- égalité d'accès. Les utilisateurs doivent pouvoir accéder au service public à des conditions égales ;
- égalité de traitement.

Ces impératifs doivent être inscrits dans le contrat.

### 3. Travaux

Le régime des travaux est plus ou moins important selon la nature de l'activité déléguée. Il convient de rappeler qu'à l'exception des travaux sur les biens propres du délégataire, qui ne font en principe pas l'objet de dispositions du contrat, les travaux concernent des ouvrages qui sont destinés à être remis, en fin de contrat, à la collectivité publique.

On distingue généralement les travaux suivants sur des ensembles immobiliers :

- travaux neufs qui ne sont en principe à la charge du délégataire que sous le régime de la concession ;
- travaux de réparation et de gros entretien, à la charge du délégataire en cas de concession et, avec des modalités parfois adaptées, d'affermage ;
- travaux de petit entretien, le plus souvent à la charge du délégataire.

À ce type de distinction, certains préfèrent en utiliser une entre les travaux du propriétaire et ceux du locataire.

Pour les réseaux, on utilisera plutôt la distinction suivante :

- travaux de premier établissement et travaux d'extension, qui ne sont en principe à la charge du délégataire que sous le régime de la concession ;
- travaux de renouvellement et travaux de renforcement (renouvellement avec extension de capacité), qui sont à la charge du délégataire en régime de concession et sont partagés entre délégant et délégataire sous le régime de l'affermage ;
- travaux de réparation et travaux d'entretien, qui sont normalement à la charge du délégataire.

Quelle que soit la distinction utilisée, il est essentiel, dans les contrats, de bien préciser le sens donné à chacun des termes. Les distinctions entre renouvellement, renforcement, gros entretien et petit entretien ne sont jamais évidentes. Il en est de même des distinctions entre travaux de propriétaire et travaux de locataire. Il convient d'essayer, dans le contrat, de donner un sens précis aux termes utilisés afin d'éviter les contestations pouvant surgir au moment de la réalisation des travaux. Une liste des catégories de travaux, avec détermination de leur responsabilité, peut s'avérer utile.

Dans tous les cas, il faut veiller à la cohérence technique de la répartition des travaux et éviter que des répartitions trop artificielles ne conduisent à des surcoûts, ne génèrent des problèmes de frontière ou n'altèrent les conditions de maintenance des ouvrages.

Le contrat doit également préciser les modalités selon lesquelles les travaux seront décidés. Cet aspect est particulièrement important pour les contrats qui mettent à la charge du délégataire la réalisation de certains types de travaux lorsque, vers la fin du contrat, celui-ci n'est pas spontanément incité à les engager. Il convient alors de donner un sens précis aux obligations du délégataire en matière de remise en état des installations qui lui sont confiées et de fixer les modalités selon lesquelles la collectivité publique peut en imposer le respect (c'est d'ailleurs l'une des justifications des cautions prévues dans les contrats).

La procédure de dévolution des travaux doit être précisée. Si les travaux sont à la charge du délégant, ils sont normalement dévolus selon les règles du droit des marchés publics. S'ils sont à la charge du délégataire, celui-ci n'est pas contraint de respecter les règles internes du droit des marchés publics, mais il doit par contre respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence. Il est aussi possible de prévoir que des représentants de la collectivité publique soient associés aux procédures par lesquelles le délégataire attribue les marchés correspondants. Cette pratique correspondra à un souci de transparence. Mais cette participation ne peut se faire qu'à titre d'information; normalement, toute participation à la décision est exclue.

Le délégataire peut être chargé d'assurer des missions de maîtrise d'ouvrage pour des travaux incombant au délégant. Par maîtrise d'ouvrage on entend la réalisation de tous ouvrages de bâtiments ou d'infrastructures ainsi que d'équipements industriels destinés à leur exploitation par une personne morale. Le maître d'ouvrage définit le programme, finance l'équipement, conclut les marchés et assure la responsabilité juridique de leur réalisation.

Le contrat prévoira normalement que le délégataire, en fin d'exploitation, remettra au délégant les ouvrages en bon état de fonctionnement, en ayant assumé les charges qui lui étaient imposées par le contrat.

#### **4. Durée**

La durée du contrat est un élément important de l'équilibre des délégations. Le principe est que la durée du contrat doit être proportionnelle aux charges confiées au délégataire. Elle ne peut excéder la durée normale d'amortissement des installations lorsque celles-ci sont à la charge du délégataire. Mais au-delà de ce principe, ce sont des exigences d'équilibre et de bonne gestion qui doivent conduire à la fixation de la durée du contrat. Celle-ci doit permettre d'assurer l'équilibre de l'exploitation en fonction des caractéristiques économiques de l'activité, du choix fait par la collectivité publique dans la répartition de la charge dans le temps et de l'élasticité de la consommation.

Il faut s'assurer ensuite que la durée du contrat n'est pas de nature à occasionner une contestation légale. Il faut vérifier, lorsqu'il y a des immobilisations à amortir par le délégataire, que celui-ci a fiscalement la possibilité de le faire sur la durée du contrat. Il faut veiller à ce qu'il amortisse les installations sur cette durée.

Ces considérations conduisent à des gammes de durée qui résultent de la combinaison des activités et des formes juridiques choisies.

#### **5. Conditions financières**

##### **a. La tarification**

C'est dans ce chapitre que doivent être fixés les tarifs et, le cas échéant, les prix payés par la collectivité publique délégante. Les tarifs doivent figurer au contrat. Cela impose, tout d'abord, de déterminer la structure tarifaire, opération indispensable quel que soit le mode de gestion.

Faut-il concevoir un avenant au contrat pour préciser, à chaque fois, les tarifs à appliquer? Compte tenu de la lourdeur de ce type de pratiques, on peut se contenter, dans ces hypothèses, de déterminer dans le contrat des principes et une fourchette de tarifs.

Ces tarifs doivent être légalement admissibles. Même exploités en délégation de gestion, les services demeurent des services publics. La tarification doit donc respecter le principe de l'égalité tarifaire. On peut retirer les exigences suivantes :

- le principe de base du tarif public est l'égalité, la discrimination est l'exception ;
- l'exécutant du service public peut pratiquer des discriminations tarifaires si les différentes catégories d'usagers ne sont pas placées dans la même situation au regard du service public et pour autant que l'ensemble des usagers placés dans cette situation différente soit traité identiquement ;
- la discrimination tarifaire est également admise lorsque le coût de fourniture n'est pas le même (exemple des tarifs dégressifs pour certains services dans lesquels la part des coûts fixes est importante) ;
- les discriminations établies selon le niveau de revenu des usagers ne sont admises que pour certains services publics (crèches, cantines scolaires, etc.).

Mais les principes juridiques ne suffisent pas. La tarification doit aussi être économiquement et socialement cohérente. Ainsi, si les tarifs conduisent à une surconsommation, le mécanisme risque d'être économiquement coûteux et socialement inefficace. S'ils conduisent à une sous-consommation, ils peuvent s'avérer socialement négatifs. La réponse à la question dépend fortement de la nature de l'activité et des options, de caractère politique, adoptées en respectant le cadre légal résumé précédemment. Le délégataire, qui est normalement le spécialiste du service considéré, doit aider le délégant dans la définition de la structure tarifaire optimale.

## b. L'indexation

L'adaptation des tarifs dans le temps nécessite l'application d'une formule d'indexation. Le projet de contrat doit être accompagné d'une notice expliquant l'effet des formules d'indexation sur les tarifs, ce qui implique la production de simulations. La meilleure manière de réaliser ces simulations est de les opérer de façon rétrospective, c'est-à-dire en reconstituant ce qu'aurait été l'évolution des tarifs au cours des années précédentes si la formule d'indexation avait été utilisée.

Les formules d'indexation doivent être construites à partir d'indices représentatifs de la structure des coûts du service. Il convient d'utiliser les indices les plus proches de la réalité, ce qui revient à éliminer les indices de caractère général comme l'indice des prix à la consommation.

Certaines formules d'indexation utilisent des parties fixes. La partie fixe a pour effet de limiter l'évolution des tarifs. Elle se justifie soit par des charges invariantes dans les coûts du délégataire – par exemple l'amortissement à annuités constantes d'un emprunt –, soit par les progrès de productivité qu'il est supposé réaliser en cours de contrat. Il est des cas où une partie fixe importante s'impose ; elle sera généralement comprise entre 0,05 et 0,5. Il en est d'autres où elle ne s'impose pas.

Il sera pour la collectivité publique tout aussi intéressant d'avoir une formule d'indexation sans partie fixe s'appliquant à des tarifs de départ modérés que d'avoir une formule d'indexation avec partie fixe s'appliquant à des tarifs de départ élevés.

La formule d'indexation doit normalement garantir le prix payé au délégataire par les usagers durant le contrat. Lorsque, par contrat, la collectivité délégante fixe annuellement les tarifs, la formule d'indexation doit alors servir de fondement à la compensation financière à laquelle le délégataire peut prétendre au cas où le délégant refuserait de l'appliquer.

Lorsque le délégataire est chargé de percevoir des recettes pour le compte de la collectivité publique (surtaxe en cas d'affermage, récupération des taxes par voie de transfert de droits à déduction, remises des recettes en cas de régie intéressée ou de gérance), le contrat doit spécifier les délais dans lesquels ces recettes doivent être reversées.

De même, si le contrat prévoit que la collectivité publique verse des sommes au délégataire (prise en charge partielle d'investissement par la collectivité, versement d'une rémunération proportionnelle aux résultats en cas de régie intéressée, versement d'une rémunération en cas de gérance), le chapitre relatif aux conditions financières doit également préciser le délai dans lequel ces versements doivent intervenir.

Dans l'un et l'autre cas, on prévoit généralement le calcul d'intérêts en cas de dépassement de ces délais.

## 6. Clauses fiscales

Généralement, en cas de concession ou d'affermage, on prévoit que les impôts et taxes sont à la charge du délégataire. En cas de régie intéressée ou de gérance, les solutions peuvent être différentes, en particulier si le délégataire est considéré comme le mandataire de la collectivité publique.

Certains contrats prévoient le remboursement au délégataire des impôts qui reviennent au délégant. Ces formules sont notamment adoptées pour des impôts locaux, taxes professionnelles ou taxes foncières sur les propriétés bâties. Il convient cependant d'en intégrer l'effet dans l'analyse économique de l'équilibre contractuel.

Certains contrats prévoient le versement par le délégataire de redevances pour occupation du domaine public. Ces redevances se justifient lorsqu'il y a effectivement occupation du domaine public. Leurs modalités de calcul doivent être prévues par le contrat. Elles doivent être justifiées par des données vérifiables relatives aux dépendances concernées.

## 7. Contrôle de la collectivité publique

Cette clause porte sur l'activité du délégataire et les comptes de la délégation.

Le contrat doit prévoir les modalités selon lesquelles la collectivité publique doit contrôler l'activité du délégataire, afin de préparer les clauses de rendez-vous et les éventuelles révisions. On y trouve des dispositions relatives à la périodicité des comptes rendus.

Il sera utile de prévoir les conditions dans lesquelles la collectivité publique pourra contrôler les documents remis par le délégataire. On affirmera ainsi le principe d'un contrôle sur pièces et sur place. On prévoira également la possibilité pour le délégant ou l'organisme de régulation de lancer une procédure d'audit, avec obligation pour le délégataire de fournir tous les documents et informations requis, dans le respect des droits des tiers.

## 8. Réexamen des conditions d'exploitation

Les clauses relatives au réexamen des conditions d'exploitation sont souvent négligées dans les contrats. Elles sont pourtant tout à fait essentielles, car ce sont ces clauses qui vont permettre au contrat de s'adapter à l'évolution de son environnement et donc d'obéir au principe de mutabilité dont on a vu qu'il devenait essentiel dans un environnement économique et social de plus en plus mouvant.

Ces clauses ont pour objet d'envisager les aléas qui peuvent intervenir au cours de la vie du contrat. Il convient donc de considérer les différents événements susceptibles d'influer sur lui : bouleversement des conditions techniques d'exploitation, événements fortuits, modifications substantielles des conditions financières, etc.

Les contrats peuvent adapter les conditions générales de solution des problèmes posés. Ils ne peuvent cependant fixer des règles qui seraient en contradiction marquée avec les principes dégagés par la jurisprudence administrative pour le traitement des questions soulevées.

Les contrats ont intérêt à prévoir des clauses de rendez-vous, destinées à vérifier leur bon fonctionnement et à déterminer, si nécessaire, des modalités d'adaptation exigées par les circonstances. Ces clauses de rendez-vous peuvent être de deux types :

- des rendez-vous systématiques, par exemple tous les trois ou cinq ans, mais ces durées peuvent varier selon la nature des activités et le type de contrat ;
- des rendez-vous fondés sur des indicateurs, ainsi que des rendez-vous liés à une évolution des tarifs au-dessus d'un certain seuil, à une évolution substantielle de la législation, à une modification appréciable du nombre d'utilisateurs.

Les deux types de rendez-vous peuvent d'ailleurs se cumuler.

## 9. Révision des conditions d'exploitation

Le réexamen des conditions d'exploitation peut conduire à une révision des conditions contractuelles dans les deux cas correspondant à l'application des principes de l'imprévision (si le contrat est déstabilisé, dans son économie, par un fait indépendant de la volonté des parties et imprévisible au moment de sa conclusion) et du fait du prince (si la déstabilisation est le fait d'une décision de la collectivité délégante). Le cocontractant a droit à une révision des conditions contractuelles ou, en cas d'impossibilité de restaurer l'équilibre contractuel, à une résiliation dans des conditions équitables.



La modification des conditions contractuelles appelle la signature d'avenants. Il faudra tenter de définir, dès le contrat, les conditions dans lesquelles ces avenants seront négociés et signés.

Le recours à des formules de médiation ou d'arbitrage pourra alors être préconisé.

## 10. Responsabilités

Le contrat doit définir le champ des responsabilités respectives du délégant et du délégataire. Dans un contrat de délégation de gestion, le délégataire est normalement responsable de l'exécution du service. Il assume les responsabilités liées à son fonctionnement, ce qui signifie qu'il doit gérer les éventuels contentieux correspondants.

L'articulation des responsabilités est plus complexe pour ce qui concerne les ouvrages et leur édification. Le contrat doit donc fixer leur articulation, qui doit être en cohérence avec la répartition de la maîtrise d'ouvrage résultant du contrat.

Les assurances sont normalement à la charge du délégataire. Le contrat devra préciser les risques contre lesquels il devra s'assurer et les modalités selon lesquelles il rendra compte au délégant du paiement des primes correspondantes.

## D. La fin du contrat

Le contrat de délégation de gestion prend normalement fin à son échéance normale. Le contrat doit définir les modalités selon lesquelles la gestion de la fin de contrat est assurée, tout particulièrement en ce qui concerne la remise en état des équipements et les procédures d'inventaire et de remise des biens.

Si les biens ont le caractère de biens de concession, ils doivent être remis gratuitement à la collectivité publique, sauf si des dispositions spécifiques ont été prévues pour des équipements non susceptibles d'être amortis sur la durée du contrat et dont la réalisation n'aura pas entraîné une prolongation de sa durée. Le contrat prévoira alors soit le rachat à valeur nette comptable, soit la reprise en charge des annuités d'emprunts restant à courir.

Pour les biens n'ayant pas le caractère de biens de concession, les contrats prévoient fréquemment que la collectivité publique a la possibilité de les racheter au délégataire à leur valeur comptable nette. On peut également prévoir d'autres dispositions (comme la reprise de la charge des emprunts souscrits pour les financer).

Pour prévoir la fin de contrat, on insère généralement dans celui-ci des clauses de rendez-vous, quelques mois avant la fin normale du contrat.

Le contrat peut également prendre fin de manière anticipée. Cette situation correspond à la déchéance, mais aussi à des hypothèses telles que le fait du prince ou l'imprévision, dès lors qu'il ne sera pas possible de remédier par une simple adaptation contractuelle aux bouleversements du contrat.

Par ailleurs, la collectivité délégante peut résilier unilatéralement le contrat pour un motif d'intérêt général. Ce droit est généralement reconnu même en l'absence de clause spécifique, mais il y a intérêt à le prévoir explicitement et à fixer les modalités d'indemnisation du délégataire. Lorsqu'il y a résiliation unilatérale d'un contrat pour un motif d'intérêt général, l'indemnisation à servir au délégataire doit comprendre :

- la compensation des charges relatives au service qu'il n'aura pas pu amortir du fait de l'interruption prématurée du contrat ;
- la compensation des frais directs liés à la résiliation du contrat (frais de licenciement du personnel, frais d'interruption de certains contrats), en particulier vis-à-vis des fournisseurs ;
- la compensation de la perte de bénéfice subie par l'exploitant ;
- la compensation éventuelle d'une perte d'image.

Les modalités de compensation doivent être équitables. Elles ne doivent pas pour autant interdire, dans les faits, la résiliation.

La résiliation par le délégant a des conséquences financières, en particulier, la prise en charge des annuités d'emprunt ou de crédit-bail par ses soins.

Mais la fin du contrat peut également, plus exceptionnellement, résulter de sanctions. Les sanctions à la disposition du délégant sont une des caractéristiques les plus marquantes des contrats de délégation de gestion au regard de contrats du droit privé. Elles doivent figurer au contrat pour revêtir toute leur efficacité. Il y a trois types de sanctions : pécuniaires, coercitives et résolutoires.

## Sanctions pécuniaires

Ce sont les pénalités que le contrat prévoira d'imposer au délégataire en cas de faute de celui-ci. Les cas de faute les plus fréquents sont :

- remise avec retard des comptes rendus techniques et financiers. En ce cas, la pénalité sera calculée en fonction du nombre de jours de retard dans la remise des documents contractuels (pénalité journalière (FCFA)  $\times$  nombre de jours de retard) ;
- retard dans l'achèvement des travaux, lorsque ceux-ci sont à la charge du délégataire. Dans ce cas, les sanctions s'apparentent à celles imposées dans les marchés publics (pénalité journalière (FCFA)  $\times$  nombre de jours de retard) ;
- interruption momentanée du fonctionnement du service. Dans ce cas, la pénalité sera calculée au prorata de la durée d'interruption du service ou de non-conformité de celui-ci avec les exigences contractuelles.

Les montants doivent être suffisamment élevés pour faire effet de dissuasion. Cependant, s'ils sont excessifs, ils risquent de ne pas être utilisés ou de créer des injustices.

## **Sanctions coercitives**

Ces sanctions ont vocation à être prononcées notamment lorsque le service est durablement interrompu. La formule choisie est alors celle de la mise en régie provisoire, la collectivité délégante reprenant la direction effective du service tout en imputant la charge au délégataire. Il y a intérêt à préciser les modalités pratiques de fonctionnement de la mise en régie provisoire qui est d'une utilisation assez exceptionnelle.

## **Sanctions résolutoires**

C'est alors l'hypothèse de la résiliation pour faute lourde du contrat, normalement sans indemnité pour le délégataire. Cette sanction ne peut être prononcée que si elle est prévue au contrat.

Le cas le plus fréquent de la faute lourde est celui de l'interruption durable du service, mais il peut également correspondre à d'autres hypothèses, telle celle où le délégataire aura remis au délégant des documents erronés pour prétendre à une rémunération à laquelle il n'aurait pas droit.

Il est nécessaire de donner un contenu à la notion de faute lourde dans les contrats. Il faut également préciser les conditions éventuelles d'indemnisation du délégataire pour éviter des contentieux difficiles.

## **E. Les documents annexes**

De nombreux documents techniques devront être annexés au contrat : liste du personnel, liste des matériels, liste des immobilisations, liste des contrats en cours, s'ils sont nécessaires. Ils font partie de l'ensemble contractuel.

Par ailleurs, les règlements du service devront y être annexés. Ces règlements ont pour objet de préciser les conditions d'utilisation du service par les usagers.

**PARTIE III**  
**Contrôler et exécuter**

Le suivi de l'exécution des contrats constitue traditionnellement une des faiblesses des délégations de gestion.

Les collectivités publiques pensent en effet souvent qu'une fois le contrat de délégation de gestion conclu, leur responsabilité se trouve fortement atténuée. Pourtant, le fait d'avoir confié à un délégataire l'exécution du service ne dispense pas la collectivité publique de s'y intéresser de près. Bien au contraire, la délégation de gestion nécessite une relation étroite entre délégant et délégataire, qui s'organise autour d'un certain nombre d'événements susceptibles d'influencer la vie du contrat.

La vie d'un contrat appelle une relation continue entre le délégant et le délégataire, qui doit être fondée sur la clarté et la transparence, sans qu'elle soit nécessairement formalisée. Le caractère « personnel » de la délégation de gestion exige que s'établisse une véritable relation de confiance entre les deux parties, dont la collaboration permanente est nécessaire au bon fonctionnement du service. Un certain nombre de points forts de cette relation, touchant l'exécution des contrats, doivent retenir notre attention : le rapport annuel, la relation avec les usagers, les contentieux, les adaptations contractuelles (avenants), les difficultés contractuelles, la fin des contrats.

# L'exécution des contrats

## A. Le rapport annuel

Rendre compte de l'exécution du service public est une exigence essentielle de la délégation de gestion. Le délégataire rend compte de l'exécution du service à la collectivité publique qui représente les usagers.

Que faut-il entendre par compte rendu? Le délégataire doit produire chaque année à l'autorité délégante et/ou à l'organisme de régulation, un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à la délégation de gestion et une analyse de la qualité de service. Ce rapport doit être assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public. Il est vivement recommandé que le contrat détermine avec précision les informations qui seront fournies dans le compte rendu et la manière dont elles seront présentées, précaution qui permettra d'éviter tout litige.

### Quelques principes essentiels

1. Le rapport annuel est établi par le délégataire sous sa responsabilité. Il constitue l'analyse du service concerné par l'entreprise délégataire, compte tenu de l'organisation qu'elle s'est choisie conformément à son autonomie de gestion, à ses méthodes comptables, etc.

Il est souhaitable que le contrat précise le cadre et le contenu du compte rendu annuel, et fixe la liste et la forme des informations qui doivent y figurer. Celles-ci doivent tenir compte des contraintes et pratiques de gestion du délégataire et des professions qui lui portent assistance (experts-comptables, commissaires aux comptes). Elles doivent répondre, quant à leur contenu, aux exigences minimales suivantes : fournir les comptes, présenter les conditions d'exercice du service, informer sur la qualité du service rendu.

2. Le rapport annuel est un outil de connaissance et de compréhension du fonctionnement du service. Il doit donc servir de base à des échanges entre la collectivité délégante (et l'organisme de régulation) et l'entreprise délégataire. Ces échanges doivent notamment porter sur l'analyse des écarts observés entre la réalité de l'année et celle de l'année précédente et/ou les prévisions présentées à l'origine du contrat.

3. Compte tenu d'une certaine variabilité des réalités annuelles et, pour certains contrats, d'une construction délibérément pluriannuelle de l'économie globale, il est important d'analyser les rapports annuels dans cette perspective.
4. Le rapport annuel du délégataire, qui met justement en regard la qualité du service, l'exécution du contrat et les données économiques, est bien un élément majeur de l'information du délégant.

Les échanges continus au fil de l'année, la participation du délégataire à certaines réunions au sein de la collectivité publique, les opérations de contrôle réalisées par les agents du délégant (et de l'organisme de régulation) ou par des consultants qu'il mandate, les négociations fréquentes permises par le contrat sont autant d'occasions d'apprendre et de comprendre, indépendamment du rapport du délégataire.

## Le contenu du rapport annuel

Il s'agit de présenter successivement les comptes, la qualité du service et l'exécution du contrat.

### A – Les comptes

L'autorité délégante (et/ou l'organisme de régulation) doit trouver, dans la présentation du rapport financier et des comptes, les éléments nécessaires à son information. En cas de contrôle, elle doit pouvoir rapprocher la présentation économique de la délégation, qui peut être faite au sein du rapport, du bilan comptable de cette dernière et de ses annexes. Elle doit connaître toutes les conséquences contractuelles du service public délégué et en suivre le coût, afin de pouvoir, en fin de contrat ou en cas de non-respect des obligations du contrat, reprendre le service en régie ou le confier à un autre délégataire.

La collectivité publique doit pouvoir comparer le coût obtenu en délégation à ce que serait le coût complet de l'exécution si elle était en régie. Les éléments fournis par le délégataire, sur l'exécution de sa mission, doivent permettre à la collectivité publique de faire cette étude économique comparative.

La collectivité publique est donc intéressée par le fait de savoir :

- en matière d'immobilisations :
  - si le délégataire va être en mesure de lui remettre des biens en bon état de fonctionnement ;
  - si le délégataire se donne les moyens de procéder au renouvellement, lorsqu'il s'agit de biens renouvelables mis contractuellement à sa charge ;
  - si le plan de renouvellement éventuel de la délégation est respecté.
- en matière d'exploitation :
  - si tous les engagements nés du fonctionnement de la délégation font l'objet d'une convention adéquate dans la mesure où la collectivité délégante serait amenée à reprendre ces engagements (personnel, stocks, emprunts, etc.).

- En conséquence, le rapport annuel doit, selon les contrats et les types d'activités :
- décrire et situer techniquement l'évolution des biens essentiels dont dispose le délégataire, à partir de grandeurs physiques caractéristiques de l'activité ;
  - préciser les dates de réalisation des investissements, le caractère renouvelable ou non des immobilisations et leur origine, le détail des subventions ;
  - permettre de suivre l'état des biens à remettre en fin de contrat, c'est-à-dire des biens de retour et de remise ;
  - donner des informations supplémentaires aux exigences de droit commun, sur les méthodes utilisées pour le calcul des provisions ;
  - indiquer l'assiette et le mode de calcul des charges liées au renouvellement et aux grosses réparations ;
  - préciser les engagements financiers liés à la délégation ;
  - informer sur tout élément nouveau, au fil du contrat, pouvant remettre en cause les conditions de fin du contrat.

Il conviendra d'une part, de donner les méthodes d'évaluation des coûts de renouvellement et, d'autre part, de retracer, par les produits et les charges, le fonctionnement du service public.

L'ensemble des charges directes et indirectes fait partie intégrante du coût d'un service. La ventilation des coûts entre les deux types de charges, directes et indirectes, dépend de l'organisation choisie par le délégataire (centralisée ou décentralisée, par exemple). Il est évident que l'organisation de l'entreprise délégataire est du seul ressort de ses dirigeants. Les clefs de répartition des charges appliquées au niveau du siège ou d'une direction locale sont la conséquence de cette organisation, mais elles ne peuvent avoir pour effet de faire supporter par les usagers des charges non justifiées. Il en résulte que la collectivité délégante a le droit de connaître en détail la nature des charges qui sont réparties ainsi que le mode de répartition avec toutes les explications nécessaires. Le rapport doit présenter le choix des méthodes retenues pour l'affectation des charges indirectes et permettre d'en suivre l'évolution.

Pour la comptabilité du concessionnaire, il importe de retenir les éléments suivants :

- la comptabilité des opérations relatives à la concession est intégrée aux comptes du concessionnaire, dans la mesure où la concession n'est pas une personne morale distincte ;
- l'entreprise doit simplement distinguer l'activité soit de chacune de ses concessions, soit de chaque catégorie de concession, dans des comptes de résultat appropriés, cette disposition devant être expressément prévue par le plan comptable général.

Mais les prescriptions limitées du plan comptable général ne permettent pas de répondre à l'obligation d'information. Seule la comptabilité de gestion permet de la satisfaire.



Les techniques utilisées relèvent donc de la comptabilité générale et/ou de la comptabilité de gestion, éventuellement complétées par toutes les informations nécessaires. Par exemple, il convient de préciser le statut des biens utilisés par le délégataire, pour chaque délégation.

## **B – Les éléments des comptes concernant les biens de la concession**

On ne peut pas exiger que le concessionnaire produise les comptes détaillés relatifs à la concession. Toutefois, si l'exhaustivité des éléments de bilan n'est pas exigée, l'information concernant certains de ces éléments (actifs immobiliers et leur financement) est pertinente, étant donné le statut particulier des biens faisant partie de la concession, ainsi que l'existence d'une provision de renouvellement des biens.

Les entreprises concessionnaires présentent certaines spécificités économiques et comptables liées aux statuts des biens faisant partie de la concession, qui intéressent directement la collectivité concédante. Ces entreprises doivent préciser les obligations de renouvellement qui sont à leur charge et la méthode qui permet d'établir la frontière entre maintenance et renouvellement. Elles doivent pouvoir produire à la collectivité publique le « bilan des renouvellements » des biens nécessaires au service public.

Il faut distinguer deux possibilités par catégorie de biens :

- soit le contrat confie au délégataire l'entière responsabilité du renouvellement et définit les objectifs techniques de ce renouvellement (état des installations, fiabilité du service, etc.). Le délégataire assume alors l'intégralité du risque financier et contractuel. Il peut être amené à engager des dépenses supérieures ou inférieures au montant initialement prévu. Sous réserve d'avoir respecté les objectifs définis au contrat, le délégataire ne doit aucune indemnité à la collectivité publique en fin de contrat ;
- soit le délégant a demandé au délégataire de créer un compte d'ordre au titre du renouvellement défini contractuellement et alimenté par une partie de la rémunération du délégataire. Le montant des dépenses du délégataire est, en conséquence, limité au montant du compte. En cas d'insuffisance ou d'excédents, les parties se rapprochent pour décider des mesures à prendre pour équilibrer le compte, y compris en fin de contrat, si nécessaire. En cas d'insuffisance, il sera alors de la responsabilité de la collectivité publique organisatrice de décider soit de différer l'investissement, soit d'augmenter les tarifs.

Cette méthode nécessite de dresser un « compte d'emploi » des fonds afin d'en justifier l'utilisation. Dans cette hypothèse, il est impératif de faire la distinction entre renouvellement et maintenance (la maintenance restant de toutes les façons à la charge du délégataire sans limitation de montant) et que celle-ci soit clairement exprimée dans le contrat.

Outre les obligations comptables classiques, des spécificités relatives à la comptabilité des biens en concession peuvent figurer dans le rapport.

### 1. Les amortissements pour caducité

Ils sont relatifs aux biens apportés par le concessionnaire, qui doivent être remis à titre gratuit au concédant. Ils ont pour but de permettre au concessionnaire de reconstituer les capitaux investis. Il faut tenir compte d'éventuelles subventions d'investissement pour les appréhender, car le coût d'origine, sur lequel est basé l'amortissement, est calculé subventions déduites.

### 2. Les provisions pour renouvellement

Le jeu des amortissements pour dépréciation permet seulement de s'assurer d'un renouvellement des biens à leur coût d'achat ou de production. Il ne prend pas en compte la valeur de renouvellement du bien au jour du renouvellement. C'est l'objectif des provisions pour renouvellement, justifiées par un plan de renouvellement.

### 3. Les provisions pour grosses réparations

Elles sont destinées à couvrir des travaux importants (provisions pour charge à répartir) dans le cadre du maintien du potentiel productif. Elles doivent être justifiées par une méthodologie de calcul appropriée.

Un compte enregistre l'amortissement pour dépréciation et les provisions pour renouvellement dans le cas où ils sont pratiqués pour le compte du concédant et à condition que ces éléments soient prévus contractuellement; ces sommes doivent être remises à ce dernier en fin de contrat, car elles ont le caractère de dettes financières.

## C – La qualité du service

L'examen de la qualité du service suppose d'apprécier le service rendu aux usagers et de disposer d'indicateurs de la qualité du service. Il apparaît ainsi que le recensement d'indicateurs qualitatifs devra prendre en compte tant la perception qu'ont les utilisateurs de l'adéquation des caractéristiques du service à leurs besoins que la description des moyens – techniques et humains – mis en œuvre.

### a) *Données techniques et physiques*

Il s'agit ici de décrire sommairement les moyens matériels utilisés pour fournir la prestation déléguée puis, au titre de la période passée en revue, de présenter les opérations essentielles d'entretien, d'amélioration et de modernisation qui ont pu être réalisées. Ces descriptions pourraient s'articuler selon le plan suivant :

- nature des moyens techniques utilisés;
- travaux d'entretien et de maintenance;
- travaux d'amélioration;
- équipements complémentaires ou de renouvellement mis en œuvre;
- programme de travaux futurs.

### **b) Prestations aux usagers**

Les indicateurs de qualité relatifs aux prestations rendues aux usagers doivent décrire de manière factuelle la prestation réalisée. Ils devront se distinguer des éléments qui expriment les conditions d'exécution du service, ainsi que des critères quantitatifs.

Les critères relatifs à l'accueil, par l'utilisateur final du service offert, sont nécessairement subjectifs et néanmoins indispensables à l'autorité déléguante. Connaître l'avis de l'utilisateur pour évaluer la qualité de la prestation peut nécessiter :

- la réalisation d'enquêtes directes ou indirectes auprès du consommateur ;
- l'exploitation et la synthèse des appréciations reçues ;
- l'analyse du comportement de l'utilisateur, en particulier sur le plan de la fréquentation.

### **c) Sécurité, hygiène, accident**

Il s'agit ici de vérifier dans quelles mesures le concessionnaire répond à ses engagements réglementaires sur les questions de sécurité, d'hygiène et d'accidents. L'adoption de démarches qualité sera également regardée.

### **d) Nuisances, pollution, environnement**

Le concessionnaire devra présenter une évaluation des impacts environnementaux de son activité. Là également, l'adoption d'une démarche qualité de type ISO 14000 pourra servir de cadre de référence à l'évaluation de ces impacts.

### **e) Productivité**

Tout en veillant à ne pas s'immiscer dans la gestion du concessionnaire, on peut demander à l'exploitant du service de produire des indicateurs pertinents de productivité.

### **f) Effectifs employés, qualifications, temps partiels**

Les principaux éléments demandés sur le personnel sont les suivants :

- personnel propre ou en situation de détachement ;
- personnel expatrié ;
- fonctions remplies par les différentes catégories de personnel ;
- types de contrats utilisés ;
- horaires pratiqués pour l'offre de service ;
- actions de formation.

### **g) Information, participation, accueil des usagers**

Cette catégorie regroupe les informations objectives sur le déroulement du service, telles que :

- les informations à caractère pédagogique fournies à l'utilisateur ;
- l'organisation d'animations particulières ;

- la création d'activités spéciales ;
- l'organisation et l'amélioration de l'accueil ;
- la concertation entre délégataire et usagers.

#### *h) Réclamations et contentieux*

Le rapport doit présenter un état précis sur ces deux points en indiquant précisément la nature des réclamations et des contentieux engagés. Une catégorisation de ces réclamations pourra être définie avec le concessionnaire. Chaque contrôle annuel devra faire le point sur les résultats des contentieux engagés et sur la suite qui a été donnée aux réclamations.

### **D – L'exécution du contrat**

La distinction entre ce qui relève de l'annexe au rapport sur les « conditions d'exécution du service public » et du rapport lui-même dans sa partie relative à l'analyse de la « qualité du service » est à apprécier au regard des stipulations contractuelles résultant autant du contrat initial de délégation que de ses éventuels avenants ultérieurs, qui viendront, dans la majeure partie des cas, préciser les attentes de la collectivité publique concédante au titre de l'obligation légale.

On peut considérer que les conditions d'exercice du service public sont assujetties aux principes législatifs et jurisprudentiels du service public :

- respect des principes généraux et des engagements contractuels ;
- principe d'égalité ;
- principe de continuité ;
- principe d'adaptabilité ou de mutabilité (« modernisation ») ;
- principe de neutralité ;
- principe de transparence ;
- principe de participation des usagers ;
- principe de l'équilibre contractuel.

### **Conditions d'utilisation des comptes rendus**

Le rapport annuel doit respecter le principe de confidentialité. Il ne doit pas porter atteinte aux secrets de fabrication industriels ni de la vie des affaires. Les informations à caractère individuel ne doivent pas y figurer.

Il est utile de déterminer une méthodologie de fourniture et d'analyse des rapports annuels et de le préciser dans le contrat. Cette méthodologie pourra, par exemple, être la suivante :

- fixer une date de remise du rapport annuel ;
- prévoir des réunions d'analyse entre les services de la collectivité délégante et le délégataire ;

- en tirer une synthèse destinée à l'information des usagers et, éventuellement, une communication au public, par le biais de la presse.

L'analyse du rapport annuel et des informations relatives aux conditions d'exécution du service public a pour objet de définir les inflexions à apporter aux conditions d'exécution du service pour tenir compte de l'expérience acquise et des modifications de l'environnement, non de sanctionner le délégataire.

Si les rapports annuels font apparaître la nécessité de procéder à des analyses plus approfondies des conditions d'exécution des services publics, la collectivité délégante peut recourir à des formules d'audit. L'audit pourra être fait soit par les services de la collectivité publique elle-même, soit par un cabinet mandaté à cet effet. Il est nécessaire que soit prévues au contrat les conditions dans lesquelles ces audits pourront être réalisés afin qu'il n'y ait pas de difficulté dans la communication des informations par l'entreprise délégataire.

## **B. La relation avec les usagers**

Le contrat de délégation de gestion met en relation une collectivité publique et son délégataire. Mais il vise l'exécution du service dont le bénéficiaire, plus ou moins direct, est un usager. Celui-ci a vocation à s'exprimer, voire à revendiquer. Tout cela forme l'environnement contractuel, dont il convient d'assurer la gestion.

Dans un contrat de délégation de gestion, c'est le délégataire qui assure prioritairement la relation avec l'usager. Cette relation avec l'usager est souvent organisée par des règlements de service qui doivent être approuvés par la collectivité délégante.

Il existe des modèles de règlements de service (applicables aux services en régie et aux services en délégation de gestion). Cependant, de plus en plus d'usagers revendiquent d'être traités comme des clients, et non comme des administrés. Cette attitude les conduit à rechercher une relation nouvelle avec le délégataire. Dans certains pays, la réponse à cette demande a consisté dans la détermination de « chartes du service public », qui explicitent les droits auxquels peuvent prétendre les usagers. Rien n'interdit de s'inspirer des principes qui animent ces chartes.

Pour organiser la relation avec les usagers, les délégataires utilisent des techniques classiques d'entreprise : marketing, actions ciblées de promotion, suivi de la relation avec la clientèle. Même si les entreprises délégataires de service public sont le plus souvent placées en situation de monopole (monopoles qui ne sont jamais absolus), elles entretiennent, de plus en plus, avec leurs clients des relations comparables à celles des entreprises placées dans un cadre concurrentiel. Cet état de fait nécessite des contacts réguliers, qu'il faut rendre les plus conviviaux. Cette évolution concerne également les collectivités délégantes appelées à intervenir au titre de leur responsabilité d'organisateur des services, pour connaître leurs conditions d'exécution et le climat des relations avec les usagers. Elles peuvent introduire, dans les contrats, des obligations particulières ou recourir à la consultation de la commission consultative des usagers de services publics, malgré son caractère un peu formel.

## C. Les contentieux

La vie d'un contrat de délégation de gestion peut être semée de contentieux. Plusieurs types de contentieux sont à distinguer.

### 1. Le contentieux de la responsabilité

Le droit de la responsabilité administrative s'applique aux contrats de délégation de gestion, qu'il s'agisse de :

- la responsabilité contractuelle, qui vise les conditions d'engagement de la responsabilité d'un cocontractant envers un autre ;
- la responsabilité liée aux ouvrages publics et au fonctionnement du service public.

Cette responsabilité s'apprécie différemment selon que la personne affectée est un tiers ou un usager du service public. Si le dommage est causé à un tiers, la réparation est subordonnée à la reconnaissance du caractère anormal dudit préjudice. S'il est causé à un usager, elle est subordonnée au défaut d'entretien normal des ouvrages.

Les contentieux portant sur le fonctionnement du service public relèvent normalement de la responsabilité du délégataire, sauf insolvabilité. Cependant, si le contentieux est lié aux conditions d'édification d'un ouvrage public, il mettra en cause la responsabilité du maître d'ouvrage : concessionnaire en cas de contrat de concession, collectivité délégante dans les autres cas.

Si le contentieux porte sur le fonctionnement proprement dit du service public, c'est la responsabilité du délégataire qui sera normalement engagée, mais avec des degrés variés qui dépendent des dispositions du contrat.

Traditionnellement, la répartition des compétences juridictionnelles obéit au principe suivant :

- si le service public présente un caractère industriel et commercial, la juridiction normalement compétente est la juridiction judiciaire, le plus souvent la juridiction civile ;
- si l'activité présente un caractère administratif, la juridiction compétente est la juridiction administrative.

### 2. Les autres contentieux

D'autres contentieux peuvent également naître :

- contentieux du droit du travail : il s'agira normalement de contentieux devant la juridiction prud'homale puisque le délégataire, sauf exception, n'emploie pas d'agents publics ;
- contentieux pénal, visant les responsables de l'entreprise délégataire, voire l'entreprise délégataire elle-même au titre de la responsabilité pénale des personnes morales.

La délégation de gestion fait peser l'essentiel des contentieux liés au service sur le délégataire. Mais la répartition entre ce qui relève du délégant et ce qui relève du délégataire dépend de la construction contractuelle. Aucun contrat ne conduit à exclure totalement la mise en cause de la collectivité publique ou de ses élus, qu'il s'agisse de contentieux de la légalité, de contentieux de la responsabilité ou de mise en cause pénale de la collectivité publique, de ses élus ou de ses agents.

Les contentieux constituent, pour les collectivités publiques comme pour les délégataires, des sources de préoccupations et d'incertitudes. Ils nécessitent une relation étroite entre les deux cocontractants. En effet, ils peuvent mettre en cause les deux cocontractants, soit que leur responsabilité est engagée de manière concurrente, soit que le contenu du litige ne permet pas d'emblée de déterminer la partie responsable. Les solutions des contentieux peuvent avoir des conséquences graves sur le contrat et, de ce fait, sur les deux parties.

Pour organiser la relation entre le délégant et le délégataire, il est utile :

- de définir dans le contrat des règles de partage de la responsabilité ;
- d'assurer une information systématique sur des contentieux engagés (cet aspect pourra faire l'objet d'une clause contractuelle) ;
- de rechercher des positions communes dans la défense ;
- de tirer en commun la conséquence des contentieux engagés et des jugements intervenus ; cette dernière phase est particulièrement importante.

Si les jugements intervenus ont des conséquences sur la construction ou l'équilibre contractuel, il faut en tirer les conséquences sous forme d'avenants.

*Certains contentieux, même non jugés, peuvent être révélateurs d'une faiblesse de l'équilibre contractuel. Il importe de rechercher alors les éventuelles adaptations à apporter à la construction contractuelle. D'une façon générale, les contentieux sont des révélateurs dont il convient de tirer les leçons, notamment lors des réunions d'examen des rapports annuels.*

## D. Les adaptations contractuelles

La mutabilité contractuelle est un principe des délégations de service public. Le contrat est un acte essentiel, mais non immuable. Des modifications peuvent lui être apportées.

Celles-ci n'ont pas toutes la même importance. Il peut y avoir des adaptations résultant des mécanismes contractuels qui fonctionnent de manière quasi automatique, par exemple s'il s'agit d'adapter les prix du service public à l'inflation. Il existe généralement dans les contrats des clauses de modification de prix qui appliquent leurs effets de manière automatique et ne nécessitent pas la signature d'avenants. Dans un certain nombre de cas, ces modifications de prix peuvent toutefois prendre la forme d'avenants. On retrouve une même logique d'automatisme lorsqu'il s'agit, chaque année, de définir un programme de travaux neufs ou d'entretien. Les autres modifications qui touchent l'équilibre du contrat prennent la

forme d'avenants. Ces avenants ont pour objet d'adapter le contrat à un nouvel environnement et de modifier en conséquence les conditions d'exploitation.

C'est à cette fin que la plupart des contrats prévoient des clauses de révision, soit pour tenir compte de l'évolution d'un certain nombre d'indicateurs, soit, au bout d'un certain temps, pour recalculer le contrat dans son équilibre d'origine. Ces clauses de révision ont pour objet de resituer, dès qu'un certain nombre de conditions sont réunies, un processus de discussion pouvant conduire à une renégociation. Elles ne donnent pas, sauf stipulation contractuelle particulière, un droit à révision au bénéfice de l'une ou l'autre des parties. La révision ne peut intervenir que si les deux parties sont d'accord.

De nombreux contrats prévoient des clauses de médiation. Ces médiations ne s'imposent pas aux parties, mais facilitent la conclusion d'accords, dont l'objet est de rétablir les conditions de l'équilibre initial.

En cas de désaccord persistant, la juridiction administrative pourra être saisie et faire éventuellement application de la théorie de l'imprévision, qui conduira à modifier le contrat et à prévoir le versement d'indemnités. Cette solution est toutefois exceptionnelle.

Les avenants sont librement conclus, c'est-à-dire sans procédure de mise en concurrence, sous réserve qu'ils ne bouleversent pas l'économie du contrat, auquel cas ils ne peuvent être conclus, car il faudrait relancer une procédure de mise en concurrence.

## E. Les difficultés contractuelles

La relation entre les deux parties peut conduire à des difficultés. Si celles-ci ne sont jamais souhaitables, il est inévitable qu'elles se produisent dans certains contrats. Aussi est-il nécessaire de déterminer, dès la rédaction du contrat, les conditions dans lesquelles elles seront résolues. Deux types de difficultés sont susceptibles d'apparaître.

Les premières peuvent être liées aux incertitudes des contrats. Il est naturellement préférable que le contrat ait prévu les différentes situations susceptibles de se produire. Mais ce n'est pas toujours le cas, et la multiplicité des situations susceptibles de se présenter fait qu'il est souvent difficile d'anticiper tous les cas.

Pour résoudre ce type de situation, on prévoira dans le contrat des réunions formelles ou informelles de conciliation. Le cas échéant, on fera appel à un médiateur (souvent une commission de conciliation formée de trois membres, deux désignés par chacune des parties, le troisième par les deux premiers médiateurs nommés). La solution sera généralement trouvée si les parties respectent l'intention initiale qui fonde le contrat de délégation de gestion, version temporaire et atypique de l'*affectio societatis* du droit des sociétés.

Les secondes peuvent être liées à la violation, par le délégataire, de clauses contractuelles. Afin de la sanctionner, les contrats prévoient une gamme de sanctions, qui sont la marque du caractère particulier des délégations et de la relation inégale qu'elle institue entre les cocontractants. Mais relation inégale ne signifie pas relation



inéquitable. S'il y a manquement aux obligations contractuelles, la collectivité publique délégante doit procéder aux mises en demeure prévues dans le contrat et ne pas hésiter à prononcer les sanctions prévues, dès lors que leurs conditions d'application sont remplies. En cas d'ouverture du cas d'application, elles doivent être prononcées non seulement parce qu'elles sont prévues par le contrat, mais aussi parce qu'elles ont un caractère pédagogique.

Naturellement, les difficultés entre les parties peuvent conduire à des contentieux, et les juridictions compétentes sont là pour les résoudre. Cependant, si la relation contractuelle se traduit par de nombreux contentieux, il est logique d'en venir à s'interroger sur le maintien de la relation contractuelle.

*Un contrat peut toujours être résilié pour un motif d'intérêt général, sous réserve d'une juste indemnisation.*

## F. La fin des contrats

Un contrat de délégation de gestion prend normalement fin à son échéance. Celle-ci peut cependant être modifiée, soit de manière anticipée du fait d'un accord ou d'une résiliation pour motif d'intérêt général ou pour faute, soit postérieurement en raison de la prolongation du contrat pour un motif d'intérêt général ou pour permettre l'amortissement d'un équipement non prévu au contrat initial. La prolongation peut survenir dans deux cas :

- la prolongation d'un contrat pour une durée maximale d'un an, pour un motif d'intérêt général (qui ne peut être la volonté de favoriser l'exploitant en place) ;
- la prolongation pour permettre l'amortissement d'installations mises à la charge du délégataire, non prévues au contrat initial et non susceptibles d'être amorties sur la période restante (il faudra alors justifier la durée de la prolongation par les conditions d'amortissement des ouvrages).

Lorsque la fin du contrat intervient à son terme normal, il convient de mettre en œuvre les procédures permettant à l'achèvement du contrat de s'opérer dans des conditions de nature à assurer la continuation des services et à l'éventuelle transition entre délégataires ou reprise en régie de se réaliser dans des conditions optimales.

Le contrat doit lui-même prévoir les mécanismes adéquats. Des inventaires contradictoires doivent être réalisés quelques mois avant sa fin. Ces inventaires doivent porter sur les biens de retour et les biens propres du délégataire si ceux-ci doivent être repris par le délégant ou son nouveau délégataire. Des audits peuvent être engagés sur l'état d'entretien des équipements afin de s'assurer du respect des obligations contractuelles en ce qui concerne l'état des biens remis. Si nécessaire, la collectivité publique doit mettre en œuvre la procédure permettant de récupérer les ouvrages dans un état conforme aux stipulations contractuelles.

Le contrat doit également prévoir la remise de l'ensemble des documents permettant au nouvel exploitant de faire fonctionner le service : plans, liste des équipements,

liste des personnels à reprendre, liste des contrats avec les fournisseurs, liste de contrats avec les clients, descriptif technique des procédés, etc. Ces documents sont en particulier nécessaires pour mener les procédures de mise en concurrence. Ces dispositions doivent être respectées, même si la collectivité publique envisage de conclure un nouveau contrat avec le même exploitant, faute de quoi elle encourt le risque du délit de favoritisme.

Il peut être utile, en fin de contrat, de demander au délégataire de compléter son rapport annuel par un bilan de la délégation, susceptible d'être diffusé aux parties prenantes et à l'organisme de régulation.

Si le contrat ne s'achève pas à son échéance normale, on a les hypothèses suivantes :

- si le contrat est résilié pour faute du délégataire, on est dans le cas de la déchéance du délégataire. Il faut donc, dans la procédure de déchéance, déterminer les conditions dans lesquelles la transition avec un nouveau régime d'exploitation sera organisée. L'une des solutions consiste à prononcer la déchéance au moment où il sera possible de déterminer de nouvelles conditions d'exploitation du service. Dans le cas inverse, le service sera repris en régie par la collectivité publique avec, le cas échéant, l'assistance d'une entreprise dans le cadre d'un marché de prestation de service, qui pourra être conclu selon la procédure d'urgence prévue par le droit des marchés publics ;
- il en est de même si la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, assortie d'une indemnité. Il faudra alors, de la même façon, déterminer les conditions de la transition, de manière à assurer la continuité de l'exécution du service public ;
- en cas de résiliation anticipée du contrat, et quelles que soient les fautes imputées au délégataire, il convient de placer en priorité la continuité du service public et de gérer la relation avec le délégataire dans cet esprit.



# Conclusion

L'objectif de ce guide était de donner les points de repère pour construire la base d'un processus contractuel adapté au cas des pays d'Afrique francophone. Il repose en grande partie sur la synthèse des travaux menés dans le cadre de la formation-action organisée par l'IEPF. Le guide a présenté des orientations pour établir une stratégie de négociation et les fondements juridiques du processus contractuel. Ces éléments se situent dans un processus de libéralisation du secteur de l'électricité qui est encore loin d'être achevé et dont le bilan reste mitigé. L'organisation industrielle du secteur est en recomposition permanente tant dans les pays développés que dans ceux en développement. Les règles de régulation ne sont pas non plus totalement stabilisées, même si la majeure partie des économies concernées ont choisi en la matière un mode de régulation institutionnel en créant des organismes de régulation spécifiques ou multisectoriels.

En accompagnement des réflexions sur le processus contractuel, de nombreuses questions restent à aborder qui vont nourrir le débat dans les années à venir. On peut en retenir trois.

- l'évolution du rôle du régulateur. Avec le développement de la compétition, quelles missions devront remplir les instances de régulation? Devront-elles laisser la place aux instances nationales de contrôle de la concurrence? Cela signifierait que l'on considère, une fois le marché véritablement ouvert, que ce secteur est une activité économique comme les autres dans lequel la puissance publique n'a plus à intervenir. Est-ce vraiment le cas?
- la programmation à long terme. Avec la libéralisation du secteur de l'électricité, les notions de « programmation énergétique » et de « long terme » ont perdu de leur importance. Dans les pays développés du moins, on a tendance à vouloir confier au marché la couverture de la demande non seulement à court terme mais aussi à moyen et long terme. Cependant, les besoins de programmation n'ont pas pour autant disparu – pour respecter les engagements pris lors de la ratification du Protocole de Kyoto ou la nécessité pour les pays en développement d'accroître l'électrification rurale – bien au contraire. Comment dans ce cadre faire coexister la coordination marchande et la gestion de ces enjeux dans les orientations des opérateurs?

- la protection de l'environnement. La réduction des atteintes à l'environnement et la gestion optimisée des ressources naturelles prennent de plus en plus d'importance. Le secteur énergétique est au cœur de cette question avec le poids des choix et des modèles énergétiques sur le climat. Quel sera l'impact de la libéralisation sur l'environnement? Comment combiner de manière cohérente régulation environnementale et régulation du marché? Ces questions restent en suspens.

Ces questions doivent bien entendu être replacées dans le contexte du nouveau partenariat énergétique entre pays d'une même sous-région susceptible de donner une nouvelle dynamique aux politiques énergétiques nationales.

# Glossaire

## Terminologie<sup>24</sup>

**Aléa moral :** Situation dans laquelle le signataire d'un contrat peut engager des actions qui vont nuire à l'autre partie.

**Antisélection ou sélection adverse :** Situation dans laquelle le signataire d'un contrat dispose de plus d'information que l'autre partie sur sa situation. Il peut en user pour tirer parti du contrat.

**Asymétrie d'information :** Situation dans laquelle les parties signataires d'un contrat n'ont pas le même niveau d'accès à l'information. Cette asymétrie est source d'aléa moral et d'antisélection (sélection adverse). On parle aussi d'information imparfaite.

**Autorité de régulation ou régulateur :** Autorité indépendante qui organise la fourniture d'un service public, en particulier la concurrence entre les entreprises privées qui en assurent la production (par ex. autorité de régulation des télécommunications ou Commission de régulation de l'énergie en France).

**Bien collectif pur :** Bien qui présente les caractéristiques de non-rivalité, non-exclusion et indivisibilité de sa consommation (par ex. la défense nationale). Il est impur si sa consommation peut être limitée (par ex. les autoroutes).

**Bien de club :** Bien dont la consommation présente la caractéristique de non-rivalité mais pas celle de non-exclusion (par ex. chaîne de télévision à péage).

**Capture de la réglementation :** Situation dans laquelle le régulateur est dépendant de l'opérateur, en raison d'une asymétrie d'information ou de la dépendance des agents contrôleurs eux-mêmes vis-à-vis de l'opérateur (perspective de carrière dans l'entreprise).

**Construction, propriété, exploitation :** Contrat de concession dans lequel l'entreprise privée concessionnaire possède son investissement et en est responsable. Traduit de l'anglais *Build, Own, Operate* (BOO).

**Contrat à coût remboursé (*cost plus contract*) :** Contrat de concession, dit à incitations faibles, dans lequel le producteur a l'assurance que ses coûts seront couverts.

---

24. Ces définitions ont été compilées par les auteurs et proviennent de différentes sources (voir bibliographie).

**Contrat de réglementation par les prix (*cost of service regulation*):** Contrat de concession, dit à incitations faibles, dans lequel le prix à la consommation est fixé de sorte que les coûts du producteur sont couverts.

**Délégation:** Contrat qui confie l'exécution d'un service public à une entreprise privée. La concession de service public est le type traditionnel de contrat de délégation.

**Déréglementation:** Action qui consiste à supprimer des règles encadrant l'activité économique pour favoriser le développement du marché. Il s'agit aussi de créer une nouvelle réglementation qui pérennise la concurrence.

**Effet Averch-Johnson:** Phénomène de surinvestissement qui se produit lorsque l'État garantit un taux de rendement du capital au moins égal à celui du marché pour l'entreprise régulée. Cette dernière est incitée à substituer du capital au travail pour augmenter ses profits. La combinaison productive n'est plus optimale.

**Élasticité du prix de la demande:** Sensibilité de la demande à une variation du prix du bien considéré. Généralement négative, elle signifie que la consommation diminue si le prix du bien augmente. La demande est dite inélastique lorsqu'elle ne change pas à la suite d'une variation du prix (elle est proche de zéro).

**Externalité:** Situation dans laquelle un agent procure, par son activité, un avantage ou un inconvénient à un ou plusieurs autres agents (par ex. vaccination : externalité positive; pollution : externalité négative).

**Fonctions régaliennes de l'État:** Fonctions remplies par un État minimal : assurer les libertés individuelles, la défense et l'accès au territoire national, le contrôle de la monnaie et le respect des règles économiques. On parle aussi d'État gendarme.

**Libéralisation:** Action de rendre au marché la fourniture de biens auparavant sous contrôle public. On parle d'ouverture à la concurrence, qui peut être plus ou moins grande selon le degré de libéralisation.

**Main invisible:** Expression d'Adam Smith qualifiant les conséquences positives pour la collectivité des actions individuelles non concertées et donc des marchés.

P  
o  
i  
n  
t  
s  
d  
e  
r  
e  
p  
r  
é  
r  
e

**Marché incomplet:** Marché sur lequel un bien ou un service n'est pas disponible alors même que la demande est prête à acquitter un prix supérieur aux coûts de production.

**Modèle anglais d'intervention publique:** Le service public anglais se définit avant tout en fonction des dysfonctionnements du marché. Son mode de gestion n'est pas celui de la délégation; il concerne trois acteurs : l'État, l'opérateur et le régulateur. Enfin, les usagers sont attachés à l'idée de responsabilité (*accountability*) plutôt qu'à celle de participation.

**Monopole naturel:** Situation dans laquelle un produit ne peut être fourni efficacement par le marché en raison de sa structure de production (rendements croissants). On parle alors de défaillance du marché. L'efficacité économique est mieux assurée si la production s'opère sous le contrôle de l'État (par ex. défense nationale, infrastructure ferroviaire, réseau de transport électrique).

**Ombudsman:** Sorte de médiateur des fonctions de contrôle de l'administration. Terme suédois inventé au début du XIX<sup>e</sup> siècle, repris en France dans les années 1970.

**Opérateur:** Entreprise chargée (par exemple par délégation) de la fourniture d'un service public. L'opérateur peut être placé sous l'autorité d'un régulateur ou directement sous celle de l'État.

**Partenariat public privé (PPP):** Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser. Il peut se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages.

La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique ou par l'usager dans le cas d'une délégation de service public, pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.

**Prix plafond (*Price cap*):** Mode de régulation du prix d'un bien (ou service) de service public fourni par l'entreprise qui en a la charge; le prix ne doit pas dépasser un certain plafond qui peut être évolutif sur plusieurs années.

**Privatisation:** Vente par l'État au secteur privé de tout ou partie (privatisation partielle) du capital d'une entreprise publique. Cette dénationalisation peut prendre la forme d'une offre publique de vente ou d'une cession de gré à gré.

**Problème du *hold-up* (ou de l'expropriation):** Contrat de concession dans lequel l'une des parties est en position d'exproprier l'autre. L'expropriation du délégataire peut avoir lieu en cas de nationalisation insuffisamment compensée (ou encore en cas de fixation d'un prix bas pour l'usager). L'expropriation du délégant peut avoir lieu lorsqu'il est contraint d'accepter une renégociation du contrat exigée par le mandataire (en particulier lorsque le régulateur est contraint par une échéance électorale). Ces problèmes renvoient à celui de l'incomplétude des contrats.

**Réglementation:** Ensemble des codes régissant le fonctionnement d'un marché (par ex. la rémunération majorée des heures supplémentaires appartient à la réglementation du marché du travail).

**Régulation:** Cinq définitions sont possibles:

1. mode d'intervention de l'État dans un secteur qui relève de l'intérêt de la nation;
2. instrument garant du bon fonctionnement d'un secteur particulier;
3. intervention politique directe visant à transformer un secteur (par ex. passage d'une situation de monopole public à une concurrence de marché);



4. instrument d'intervention permettant de maintenir l'équilibre au sein d'un secteur ne pouvant tendre vers une situation de marché;
5. mode d'intervention assurant l'équilibre entre les différents opérateurs d'un service public.

**Relation principal-agent (ou mandant-mandataire):** Situation dans laquelle l'agent (déléataire ou mandataire) effectue une tâche pour le principal (délégant ou mandant). Les difficultés surgissent lorsque le contrat permet à l'une des parties d'adopter un comportement opportuniste.

**Secteur public:** À ne pas confondre avec la fonction publique (ou l'Administration publique); le secteur public désigne l'ensemble des activités réalisées sous le contrôle total ou partiel de l'État. Il s'oppose au secteur privé.

**Tarifification:** Elle se distingue du prix de revient, car elle n'est pas directement liée aux coûts de production.

**Tarifification à la Ramsey-Boiteux:** Tarifification (de second rang) supérieure au coût marginal et inversement proportionnelle à l'élasticité de la demande. Elle doit permettre de prendre en charge l'éventuel déficit de l'entreprise chargée de la fourniture du bien public (par ex. un réseau de télécommunication).

**Tarifification au coût marginal:** La tarification au coût marginal est la plus efficace (tarification de premier rang) mais elle est techniquement difficile à appliquer.

**Théorème de Coase:** En l'absence de coûts de transaction, si les droits de propriété sont définis, les agents peuvent corriger spontanément les externalités en passant par le marché.

## Concepts<sup>25</sup>

### La notion de service public

Selon L. Duguit (1923), « relève du service public toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante ».

Plusieurs catégories de services publics existent: les services publics régaliens (défense, justice, police), les services publics relevant de l'État providence (éducation, santé, action sociale, culture), les services publics de réseau (poste, télécommunications, transport, énergie) et enfin, les services publics locaux. Les entreprises publiques concurrentielles peuvent contribuer également au service public. Au-delà de l'effet sectoriel de chaque service public sur les conditions de vie de la population, l'ensemble des entreprises de service public exerce un effet global sur l'économie.

25. Source: La Documentation française. [www.ladocumentationfrancaise.fr](http://www.ladocumentationfrancaise.fr)

Égalité de traitement, continuité du service, adaptation aux mutations technologiques, mais aussi neutralité et transparence, les attributs conférés aux services publics ne vont cesser de s'étendre au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Parallèlement, la propriété publique devient de plus en plus la règle en matière de fourniture du service public.

Nombre de remises en cause sont intervenues concernant le périmètre des services publics. Alors que la vision extensive de l'intervention des services publics dans la vie économique et sociale a longtemps fait l'objet d'un relatif consensus au sein de la société et de la classe politique, la libéralisation intervenue depuis les années 1980 a animé un vigoureux débat entre défenseurs des services publics et partisans d'une modernisation de ces derniers dans un cadre ouvert à la concurrence. Par ailleurs, les usagers se sont progressivement montrés plus exigeants envers les services publics. L'efficacité est devenue un critère aussi important que celui de continuité pour ces usagers de plus en plus considérés comme des clients. Cette caractéristique du service public cristallise d'ailleurs de plus en plus de revendications, en particulier celle de l'exigence d'un service minimum.

À l'issue de ces débats, les limites de la notion de service public apparaissent plus étroites qu'auparavant. Le discours politique a évolué dans le sens d'une moindre participation de l'État dans la gestion des services publics au profit du suivi et/ou de la délégation, de la régulation de secteurs désormais concurrentiels à des autorités administratives indépendantes.

## L'analyse économique du service public

Longtemps, l'analyse économique a justifié l'intervention de la puissance publique pour la fourniture de biens collectifs par le fait que les agents économiques ne trouvaient aucun intérêt à produire certains biens ou services dont la société avait pourtant besoin. Il s'agit tout aussi bien d'une route que d'un réseau de télécommunication. Ces défauts d'incitation à l'initiative privée sont appelés défauts de marché (*market failures*).

Ces défauts de marché qui justifient l'intervention de l'État pour assurer leur fourniture peuvent être regroupés en trois catégories: la présence d'externalités, de rendements d'échelle croissants et de biens collectifs. Plus généralement, nous avons affaire à des problèmes d'information imparfaite et de coûts de transaction qui entraînent des phénomènes de sélection adverse et d'aléa moral, c'est-à-dire de mauvaise allocation des ressources en cas de recours direct au marché.

La logique de marché apparaît somme toute en contradiction avec l'un des principes fondamentaux du service public, à savoir l'égal traitement de tous. Pour parvenir à cet objectif, l'opérateur possède plusieurs instruments comme la péréquation tarifaire entre les différentes catégories d'usagers ou encore les subventions croisées. Mais pour que celui-ci ne cherche pas à maximiser son profit au détriment des usagers, l'intervention publique semble indispensable.

Or, si l'analyse économique a longtemps justifié la propriété publique des services publics, les récentes évolutions de la pensée économique ont remis en cause cette vision et se sont attachées à souligner les défaillances de l'État producteur et même de l'État régulateur.

Nous sommes donc passés d'une analyse où le monopole public est reconnu comme une forme moins inefficace que le marché pour la production de biens publics, à une remise en cause de la réglementation au profit de la régulation, de la libéralisation voire même d'un rejet de toute intervention étatique pour certains courants théoriques.

## De l'intérêt des limites de la concurrence

Si l'introduction de la concurrence (accroissement de la productivité, baisse des prix, incitation à l'innovation, etc.) peut avoir des conséquences tout à fait positives, la limitation de son recours se justifie tout autant au regard de l'analyse économique (coûts de transaction, prégnance des impératifs financiers au détriment de la qualité du service).

## Le nouveau contexte

Si la Seconde Guerre mondiale a vu émerger une vision relativement consensuelle en France de la gestion des services publics, les années de crise économique qui suivent les chocs pétroliers vont susciter un débat sur la place de l'action publique dans ces services publics. En effet, un nouveau contexte apparaît, marqué par la convergence d'une critique économique, politique et de changements technologiques de grande ampleur.

L'État est de plus en plus critiqué dans sa fourniture, par des monopoles publics, des services publics. L'analyse économique tend en effet, à partir des années 1970, à remettre en question le bien-fondé de la production publique et à valoriser le recours au marché pour la fourniture de services publics.

De plus, les avancées de la construction européenne tendent à remettre en cause le rôle des États dans la réglementation des entreprises publiques ainsi que le cloisonnement des marchés nationaux propices au maintien de situation de capture de rentes par des monopoles publics.

Par ailleurs, les différents services publics en réseau voient leurs activités profondément modifiées par l'impact des technologies de l'information et la mondialisation des réseaux de communication. Ces changements conduisent à revenir sur la validité de leur position de monopoles naturels.

Enfin, le service public à la française se heurte aux conceptions moins extensives des autres partenaires européens. Une légitimation de ce dernier pourrait cependant passer par la reconnaissance récente de la notion de service universel. À moins qu'il ne s'agisse d'un moyen pour restreindre le champ de ce service public en limitant sa définition aux services essentiels pour la cohésion sociale...

## Le cadre européen

Le cadre européen participe au premier plan à l'évolution du contexte dans lequel vont être repensés les services publics. En effet, l'intégration européenne depuis le Traité de Rome s'est d'abord conçue comme un moyen de réaliser un marché intérieur unique. Pour ce faire, il s'est agi avant tout de faciliter la circulation des biens et des services entre États membres. Or, les services publics et leur organisation traditionnelle en France sous la forme de monopoles publics constituent un obstacle évident à la réalisation de cet objectif. À partir du milieu des années 1980, le mouvement a donc abouti à une remise en cause de la légitimité même de la notion de service public.

Cette dernière n'apparaît d'ailleurs pas dans le traité instituant la Communauté européenne, si ce n'est pour appliquer aux entreprises chargées de la fourniture de service public les règles de concurrence communes (ex-article 90). C'est en effet sur la base de cet article que la Commission européenne va s'attaquer aux monopoles existant en faveur des opérateurs publics de services publics en réseaux.

La reconnaissance du rôle central que jouent les services publics dans la cohésion économique et sociale de l'Union va intervenir progressivement au cours des années 1990 sous la pression en particulier des gouvernements français successifs, mais aussi grâce à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE). En cela, les arrêts Corbeau (19 mai 1993) et Commune d'Almelo (27 avril 1994) ont joué un rôle décisif. Par ces deux arrêts, la CJCE admet la nécessité de restreindre le champ de la concurrence pour permettre l'accomplissement des missions d'intérêt général.

Cet infléchissement notable dans la vision communautaire des services publics se concrétisera en 1996 avec l'adoption d'une communication sur les services d'intérêt général en Europe (JOCE 281 du 26.09.1996). Au-delà de la reconnaissance de la légitimité des services publics, cette communication affirme la liberté des États membres pour définir les missions d'intérêt général que le marché ne peut remplir du fait de ses insuffisances. Non seulement elle définit une notion commune de service universel, mais elle reconnaît la possibilité d'aller au-delà de ce service pour tous les États membres.

La Commission a présenté une mise à jour de la communication en 2001 (Les services d'intérêt général en Europe, JOCE 17 du 19.01.2001). Outre la confirmation de la légitimité des services publics et de la neutralité de la Commission par rapport au mode de propriété des entreprises chargées du service d'intérêt général, cette mise à jour dénote une conception consumériste des services publics, où l'on ne parle pas d'usager mais de consommateur. Elle précise par ailleurs que la définition par les autorités publiques nationales d'une mission de service public est distincte du choix d'un mode d'organisation particulier pour ce service.

L'article 16 du Traité d'Amsterdam consacre enfin le rôle des services publics dans l'Union européenne. Toutefois, la proposition française d'inclure dans la Traité une charte des services publics n'a pas été retenue, et l'adoption de l'article 16 n'a pas de portée opératoire sur la politique de la Commission à l'égard des opérateurs de services publics.

Cette politique reste marquée par la volonté de libéraliser les services publics en réseau et d'étendre le champ de la concurrence sur les marchés nationaux, qu'il s'agisse des transports ferroviaires, des services postaux, de l'énergie ou des télécommunications.

## Le service public et ses usagers

L'évolution du rapport des usagers aux services publics est au cœur de la remise en question du mode traditionnel de fourniture des services publics. Longtemps, pourtant, les usagers n'ont pas eu un rôle prééminent dans la définition et l'évolution des services publics, le point de vue des ingénieurs l'emportant souvent devant les considérations d'accès et de facilité d'usage lors des choix décisifs en matière de fourniture des services publics.

Or, l'émergence de la notion de service public s'est fondée en grande partie sur l'importance à accorder aux droits des utilisateurs des services publics. La reconnaissance des droits des usagers vis-à-vis des services publics remonte à l'arrêt du Conseil d'État de 1906.

De même, les droits de l'utilisateur des services publics font partie à part entière de la notion de service public pour l'école du service public qui les juge fondamentaux.

Ce n'est cependant que récemment que la singularité de l'utilisateur a été réintroduite dans la conception du service public. Longtemps la logique dominante fut celle de l'offre, avant la considération des intérêts et besoins de l'utilisateur : « l'utilisateur est tenu de rentrer dans les cadres imposés par les contraintes propres aux services publics » (Jeannot, 1998).

On a assisté ainsi à un renforcement progressif de la dimension marchande du service public, même si l'idée que l'utilisateur doit payer le service à son coût est présente depuis longtemps dans la notion de service public à la française. Auparavant, ce dernier était avant tout vu comme devant être rendu uniformément (principe d'égalité).

Cette évolution est en partie due à la libéralisation de certains secteurs qui ont offert la possibilité aux usagers de s'adresser à des prestataires autres. Peu à peu, sous l'effet conjugué de la libéralisation, mais aussi d'attentes croissantes vis-à-vis du service rendu, nous sommes passés d'une logique d'utilisateur à une logique (dans une certaine mesure) de client dans les services publics en réseaux.

Ce phénomène est particulièrement visible dans les télécommunications, où le client peut désormais choisir l'opérateur de son choix, voire dans l'énergie où la concurrence avec l'opérateur historique autrefois monopole public commence à se développer pour certains consommateurs éligibles. Dès lors, la qualité de la prestation devient plus importante que la seule présence du service. Le service public doit tenir compte de ses usagers, offrir des prestations différenciées selon les préférences des clients, au risque même de remettre en question le principe d'égalité devant le service public qui veut que tous les usagers soient traités de la même manière.

L'obsolescence de la notion d'utilisateur dans les services publics français provient également de l'influence exercée par la Commission européenne où la rhétorique du consommateur est fortement présente.

Le problème de la continuité des services publics en cas de grève des agents n'en devient que plus polémique. Les exigences des Français sur le plan de la qualité et de la performance des services publics trouvent écho chez les hommes politiques, ce qui se traduit désormais régulièrement par des propositions de loi en faveur d'un service minimum.

Ce nouveau regard des Français et des Européens à l'endroit des services publics a fortement contribué à la redéfinition des contours du service public.

## **Le service universel, avancée ou recul dans la conception du service public ?**

La notion anglo-saxonne de service universel a été introduite en Europe par la Commission européenne en 1992 qui la définissait comme « un service minimum donné, dont la qualité est spécifiée, pour tout utilisateur, à un prix accessible ».

La référence aux « objectifs de service universel » a d'abord été perçue comme la reconnaissance de la notion de service public à la française au niveau européen. Or, il s'agit de deux approches aux fondements et aux objectifs sensiblement différents.

Dès 1992, puis dans le livre vert postal, le service universel est décrit comme « le service de base offert à tous dans l'ensemble de la communauté à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard ».

Le service universel serait donc plutôt un service minimum (ou de base) dans un environnement concurrentiel qu'un véritable service public entendu dans sa conception extensive.

Le livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi présentée par la Commission les 10 et 11 décembre 1993 confirme cette vision puisqu'il y est dit que « l'exigence de service universel [...] est susceptible de figurer clairement dans la mission d'un service public ». Dès lors, le service universel apparaît en recul devant la vision française du service public. Il peut être vu comme une contrepartie à l'ouverture des services publics en réseaux à la concurrence, un garant contre les risques d'une remise en cause de la cohésion sociale liée à la libéralisation.

La définition française du service public des télécommunications est à cet égard éclairante, puisque l'article L-35 du Code des télécommunications dispose que le service public comprend le service universel des télécommunications, les services obligatoires de télécommunication et les missions d'intérêt général. Le service public constitue donc bien un ensemble plus large que le seul service universel.

Toutefois, il serait réducteur de ne considérer le service universel qu'à l'aune de son périmètre restreint par rapport au service public. En effet, l'intérêt du service universel réside dans la définition claire d'une obligation commune à tous les pays membres.

En délimitant rigoureusement le service minimum à fournir, il permet une juste appréciation de la qualité du service effectivement rendu et évite les polémiques sur les contours incertains d'un service public aux multiples interprétations. De plus, le

service universel facilite le développement de la concurrence au profit des consommateurs sur les domaines connexes et incite à la mise au point des innovations des différents producteurs. Enfin, à l'instar du service public, c'est une notion qui est appelée à évoluer et donc à s'enrichir au fur et à mesure de l'évolution technologique et des attentes de la société.

## Les écoles théoriques de la réglementation

- **Économie publique normative**

Le réglementeur a pour objectif l'efficacité économique. Il est soucieux de l'intérêt général. L'existence de défaillances (bien public, externalité, monopole naturel) du marché, mises en évidence dans le cadre de l'économie du bien-être, justifie l'intervention publique. L'État doit donc par la réglementation influencer sur le comportement des firmes et des consommateurs.

Sa démarche est normative; elle vise à atteindre une allocation des ressources optimale de type parétien (situation dans laquelle on ne peut améliorer le bien-être d'un individu sans détériorer celui d'un autre individu, optimum de premier rang).

Despote bienveillant, assimilé à un planificateur parfait, l'État n'est contraint ni par des difficultés de collecte d'information, ni par des capacités de calcul limitées. Il est de ce fait considéré comme infaillible. Un exemple de cette réglementation est celle de Ramsey-Boiteux sur les monopoles.

- **Économie institutionnelle**

Le concept central de cette approche est celui de coût de transaction. L'idée est que la coordination entre les agents économiques engendre des coûts.

Contrairement à l'économie publique, l'économie institutionnelle considère qu'il existe des coûts de transaction et affirme même que l'analyse des problèmes de défaillances de marché n'a de sens que parce que ces coûts de transaction sont positifs.

Dans un tel cas, la réglementation s'impose à deux conditions: que les coûts de transaction de réglementation soient inférieurs aux coûts des autres solutions, que ces coûts soient inférieurs aux bénéfices de l'action elle-même. En effet, la réglementation n'a de sens que si elle permet une allocation efficace de moindre coût. Le meilleur exemple est celui dit du « pollueur payeur » (l'État n'intervient qu'une seule fois pour assurer le fonctionnement de l'économie en attribuant initialement les droits de propriété entre l'entreprise polluuse et les autres agents économiques).

- **Économie positive de la réglementation**

Le réglementeur est vénal et soumis à l'influence des groupes de pression. Il n'est plus le garant de l'intérêt général.

La réglementation est analysée comme un service échangé entre les décideurs politiques et les fonctionnaires (offreurs) et les dirigeants des entreprises (demandeurs).

Les offreurs cherchent à maximiser leur chance de réélection ou à obtenir de futurs postes dans les industries qu'ils ont sous leur tutelle. Les demandeurs souhaitent de leur côté se protéger de la concurrence, en particulier étrangère. Cette approche est connue sous le nom de théorie de la capture de la réglementation, parce que le réglementeur devient un agent entièrement au service des intérêts des entreprises. Pour limiter l'action des groupes de pression, les tenants de cette école préconisent une solution radicale qui consiste à retirer à l'État le droit de réglementer.

### • Nouvelle économie publique

L'idée est d'analyser les défaillances du réglementeur et de les corriger afin de remédier aux insuffisances du marché et de satisfaire l'intérêt général.

Les défaillances de la réglementation doivent être réduits au minimum afin d'aboutir à une allocation parétienne efficace de second rang. Cette dernière est l'affectation des ressources qui est la « meilleure possible » compte tenu de l'existence de diverses contraintes qui empêchent de parvenir à un optimum de Pareto. Ces défauts sont principalement :

- l'asymétrie d'information entre le réglementeur et le réglementé ;
- l'intérêt personnel du réglementeur ;
- son insuffisante crédibilité.

Les solutions préconisées par la théorie des incitations et des contrats (par exemple du type assureur/assuré ou contrat de travail) doivent être retenues pour remédier à l'ensemble de ces défauts.

## La régulation du secteur de l'énergie

Plus encore que les télécommunications, où l'introduction de la concurrence est effective de longue date, l'énergie constitue un secteur clé de la régulation des services publics.

De l'application récente des directives européennes à la mise en place des autorités indépendantes *ad hoc*, tout concourt à faire de l'électricité et du gaz des services publics emblématiques de la libéralisation d'activités encore perçues par beaucoup comme étant gérées par des monopoles publics.

Cependant, cette évolution s'inscrit dans la même configuration que les autres services publics en réseaux, à savoir la conjonction de changements technologiques majeurs et de l'émergence de nouveaux impératifs économiques.

On a en effet assisté à l'apparition de formes inédites de production de l'énergie (la cogénération par exemple) permettant de nouveaux équilibres économiques propres au secteur. La rentabilité désormais de petites unités de production a conduit à poser la question du monopole naturel sur lequel se fondait l'organisation du secteur énergétique français et européen.



L'importance accrue de la concurrence mondiale pour les entreprises européennes et la volonté de réduire les coûts d'approvisionnement en énergie qui nuisent à leur compétitivité ont également participé de la volonté de libéraliser ce secteur.

L'aboutissement de ce processus est l'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité pour les clients éligibles et la mise en place d'une autorité de régulation indépendante, avec la perspective de libéraliser totalement ce secteur à terme. Toutefois, les résistances à cette évolution sont nombreuses. L'ajournement du vote de la loi sur la modernisation de secteur gazier en est la preuve, tout comme le report *sine die* d'un approfondissement de la libéralisation au niveau européen, alors même que la Commission européenne envisageait d'accélérer le processus de déréglementation afin d'aboutir à une concurrence totale sur les marchés de l'électricité et du gaz d'ici 2005.

## **La législation française en vigueur dans le domaine de l'électricité**

Le dispositif législatif français dans le domaine de l'électricité, qui s'appuyait principalement sur la loi 46-628, a récemment évolué avec la transposition de la directive européenne de 1996 dans le cadre de la loi 2000-108.

Il s'agit d'un changement majeur à plusieurs titres. En effet, la loi introduit une concurrence partielle dans le secteur énergétique en offrant la possibilité à des clients éligibles de choisir leur fournisseur d'électricité parmi plusieurs opérateurs.

La loi du 10 février 2000 précise également les différentes missions du service public de l'électricité. Trois missions essentielles ressortent du texte : développement équilibré des capacités de production d'électricité ; développement des réseaux de distribution d'électricité (qui sont considérés en situation de monopole naturel) ; continuité de la fourniture d'électricité sur l'ensemble du territoire national. Pour mener à bien ces missions, la loi désigne également l'opérateur du service public (Électricité de France (EDF), en l'occurrence) et met en place des mécanismes de financement et de répartition des charges résultant de l'accomplissement de ces missions de service public.

Enfin, il est institué par cette loi une autorité de régulation, la Commission de régulation de l'électricité (CRE) qui a pour objet de rendre effective la concurrence dans le secteur de l'électricité. Aujourd'hui, 30 % du marché de l'électricité en France est ouvert à la concurrence.

## **La régulation de l'électricité en France**

Le 24 mars 2000, dans le prolongement de la loi 2000-108, était installée la Commission de régulation de l'électricité (CRE).

Dans le cadre d'une ouverture partielle à la concurrence du secteur énergétique français, la création d'une autorité indépendante chargée de réguler le marché de l'électricité découlait en fait de la directive européenne de 1996 qui imposait la création d'une autorité administrative indépendante.

Si l'autonomie de la CRE face aux pouvoirs publics est garantie par l'article 35 de la loi 2000-108, la régulation du secteur de l'électricité reste partagée entre la CRE et le secrétariat d'État à l'Industrie, en vertu de la politique énergétique nationale. De fait, les missions de la CRE sont clairement délimitées et encadrées par le pouvoir réglementaire du gouvernement.

En premier lieu, la CRE doit veiller à un accès ouvert au réseau public de transport et de distribution de l'électricité pour les nouveaux entrants sur le marché à côté de l'opérateur historique (EDF) afin de permettre la fourniture des clients éligibles par l'opérateur de leur choix. Pour cela, le gestionnaire de réseau doit être indépendant pour sa gestion des autres activités d'EDF. C'est le rôle de la CRE de veiller à cette indépendance. C'est aussi elle qui propose les tarifs d'utilisation des réseaux, approuvés ensuite par le ministère de tutelle.

En second lieu, la CRE participe à la mise en place d'un marché ouvert à la concurrence de l'électricité. Pour ce faire, elle formule des avis sur les candidats à l'entrée sur le marché français et sur les tarifs de vente aux clients éligibles, mais aussi non éligibles.

En dernier lieu, la CRE doit assurer la coexistence d'une certaine concurrence et des missions de service public. À cette fin, un fonds du service public de la production d'électricité a été institué pour financer les obligations de service public incombant à l'opérateur historique. La CRE émet des avis sur le montant des charges évaluées du service public.

La régulation de l'électricité en France relève donc à la fois de la CRE et du secrétariat d'État à l'Industrie, la CRE intervenant le plus souvent de façon consultative ou en tant que codécisionnaire.



# Bibliographie

- Bergougnoux, J. (dir.), *Services publics en réseau : perspectives de concurrence et nouvelles régulations*, Commissariat Général du Plan et La Documentation française, 1998, 348 p.
- Bettinger, C., *La gestion déléguée des services publics dans le monde*. Concession ou BOT, Paris, Berger-Levrault, 1997, 287 p.
- Bezançon, X., L. Deruy, R. Fiszelson, M. Fornacciari, *Les nouveaux contrats de partenariat public-privé. Analyses juridiques, problèmes financiers et comptables, conseils pratiques*, Paris, MTPB, « Guides juridiques », 2005, 248 p., ann., index.
- Bougrain, F., J. Carassus, M. Colombard-Prout, *Partenariat public-privé et bâtiment en Europe : quels enseignements pour la France ? Retour d'expériences du Royaume-Uni, d'Italie, du Danemark et de France*, Paris, Presses de l'ENPC, 2005, 271 p., bibliogr.
- Brault, D., *La gestion déléguée : un concept à promouvoir*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2000, 62 p.
- Chatelus, G., J.Y. Perrot (dir.), *Financement des infrastructures et des services collectifs, le recours au partenariat public-privé, les enseignements des expériences françaises dans le monde*, Paris, Presses de l'ENPC, 2000, 389 p.
- Chevalier, J.-M., *Les grandes batailles de l'énergie : petit traité d'une économie violente*, Paris, Gallimard, « Folio Actuel », 2004, 472 p.
- Commission des communautés européennes, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Bruxelles, Commission des communautés européennes, 2004, 23 p.
- Commission européenne, *Les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM(2005)569 final. [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)
- Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Brocard, 1923.
- Jeannot, G., *Les usages du service public*, collection Que sais-je?, Paris, PUF, 1998, 128 p.
- Lévêque, F., *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 2004, 126 p.
- Lévy, D., *Partenariat public-privé. Gestion déléguée : le savoir faire français*, Paris, Ministère de l'Industrie, 2002, 23 p., tabl., graph., photogr.

- Lignières, P., *Partenariats publics privés*, Paris, Litec, 2000, 361 p., graph.
- Long, M., C. Bettinger, D. Lévy, *La gestion patrimoniale du domaine public*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2001, 159 p., tabl., schémas.
- Long, M., *Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public*, Paris, La Documentation française, 1999, 189 p., tabl., schémas.
- Lucas de Leyssac, C., C. Babusiaux, *Régie, marché, partenariat, délégation: quelle compétition pour l'amélioration du service public? Comparabilité, transparence, réversibilité*, Paris, La Documentation française, 2005, 179 p., tabl.
- Marais, B. du, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 2004, 640 p.
- Marais, B. du, P. Cossalter, *La Private Finance Initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2001, 88 p.
- Martinand, C., *La régulation des services publics: concilier équité et efficacité*, Paris, Commissariat Général du Plan et ESKA, 1995, 144 p.
- Martinand, C., *Table ronde: la régulation des services locaux*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2000, 112 p., tabl., schémas.
- Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment, Ministère de l'Économie (France), *Les contrats de partenariat: principes et méthodes*, Rapport établi par un groupe de travail sous l'égide du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Paris, MTPB, 2005, 55 p.
- Palacio, L. de, *Des réseaux pour la paix et le développement: extension des grands axes transeuropéens de transport vers les pays et régions voisins*, Rapport de groupe à haut niveau, Bruxelles, Commission européenne, 2005, 79 p., cartes.
- Piron, V., F. Refabert, F. Bougrain, M. Colombard-Prout, R. Fiszelson, P. Van de Vyver, M. Barthez, *Évaluation des contrats globaux de partenariat*. Principes, méthodes et comparaisons, Paris, MTPB, 2004, 72 p.

# L'Organisation internationale de la Francophonie

L'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) est une institution fondée sur le partage d'une langue, le français, et de valeurs communes. Elle compte à ce jour cinquante-cinq États et gouvernements membres et treize observateurs. Présente sur les cinq continents, elle représente près du tiers des États membres de l'Organisation des Nations unies.

L'OIF apporte à ses États membres un appui dans l'élaboration ou la consolidation de leurs politiques et mène des actions de coopération multilatérale, conformément aux grandes missions tracées par le Sommet de la Francophonie : promouvoir la langue française et la diversité culturelle et linguistique ; promouvoir la paix, la démocratie et les droits de l'Homme ; appuyer l'éducation, la formation, l'enseignement supérieur et la recherche ; développer la coopération au service du développement durable et de la solidarité.

## **55 États et gouvernements membres**

Albanie • Principauté d'Andorre • Royaume de Belgique • Bénin • Bulgarie • Burkina Faso • Burundi • Cambodge • Cameroun • Canada • Canada-Nouveau-Brunswick • Canada-Québec • Cap-Vert • République centrafricaine • Chypre • Communauté française de Belgique • Comores • Congo • République démocratique du Congo • Côte d'Ivoire • Djibouti • Dominique • Égypte • Ex-République yougoslave de Macédoine • France • Gabon • Ghana • Grèce • Guinée • Guinée-Bissau • Guinée équatoriale • Haïti • Laos • Liban • Luxembourg • Madagascar • Mali • Maroc • Maurice • Mauritanie • Moldavie • Principauté de Monaco • Niger • Roumanie • Rwanda • Sainte-Lucie • Sao Tomé-et-Principe • Sénégal • Seychelles • Suisse • Tchad • Togo • Tunisie • Vanuatu • Vietnam.

## **13 observateurs**

Arménie • Autriche • Croatie • Géorgie • Hongrie • Lituanie • Mozambique • Pologne • République tchèque • Serbie • Slovaquie • Slovénie • Ukraine.

Pour en savoir plus :

[www.francophonie.org](http://www.francophonie.org)

[www.iepf.francophonie.org](http://www.iepf.francophonie.org)

[www.mediaterre.org](http://www.mediaterre.org)



Institut de l'énergie et de l'environnement  
de la Francophonie  
IEPF

# L'Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF)

L'Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie (IEPF), organe subsidiaire de l'Organisation internationale de la Francophonie, est né en 1988 de la volonté des chefs d'État et de gouvernement des pays francophones de conduire une action concertée visant le développement du secteur de l'énergie dans les pays membres. En 1996 cette action a été élargie à l'Environnement.

Basé à Québec, l'Institut a aujourd'hui pour mission de contribuer au renforcement des capacités nationales et au développement de partenariats dans les domaines de l'énergie et de l'environnement.

Meilleure gestion et utilisation des ressources énergétiques, intégration de l'environnement dans les politiques nationales dans une perspective durable et équitable, tels sont les buts des interventions spécifiques de l'IEPF – formation, information, actions de terrain et concertation – menées en synergie avec les autres programmes de l'Organisation internationale de la Francophonie et notamment ceux issus de la mission D du Cadre stratégique décennal de la Francophonie: «Développer la coopération au service du développement durable et de la solidarité».

La programmation mise en œuvre par l'IEPF en 2006-2009 visera notamment à:

- améliorer les conditions d'élaboration et de mise en œuvre de stratégies nationales de développement durable,
- développer les pratiques de gestion durable des ressources naturelles et de l'énergie: Maîtrise des Outils de Gestion de l'Environnement pour le Développement (MOGED), Utilisation durable de l'énergie (UDE), Politiques énergétiques (POLEN),
- accroître les capacités des pays francophones en développement à participer aux négociations internationales sur l'environnement et le développement durable.

L'Institut de l'énergie et de l'environnement de la Francophonie

56, rue Saint-Pierre, 3<sup>e</sup> étage

Québec (QC) G1K 4A1

CANADA

Téléphone: (1 418) 692-5727 / Télécopie: (1 418) 692-5644

iepf@iepf.org / www.iepf.org











La disponibilité de l'énergie électrique est un facteur clé pour le développement. La concession a été un des moyens utilisés par les pays pour faire face aux impératifs de développement des réseaux électriques. Si depuis une dizaine d'années, poussés par les instances internationales, la plupart des pays ont entrepris des réformes du secteur de l'électricité avec un programme d'ouverture du secteur aux partenaires privés, le bilan en reste mitigé.

C'est pour en tirer les leçons qu'un travail d'analyse des expériences des pays d'Afrique Francophone a été réalisé à travers une formation-action. Elle a permis de collaborer avec 9 pays d'Afrique Francophone – *Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Côte d'Ivoire, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Togo* – afin d'étudier leur processus de préparation des appels d'offres, la négociation des contrats et les contrats en vigueur.

Le volume I de ce guide est donc une synthèse de cette formation-action. Il repose sur les analyses de cas des pays qui figurent dans le volume II de ce document. Les leçons de l'analyse des cas des pays donnent les grandes directions pour la mise en œuvre des partenariats publics privés (PPP) dans le secteur de l'électricité en Afrique.



INSTITUT DE L'ÉNERGIE ET DE L'ENVIRONNEMENT DE LA FRANCOPHONIE (IEPF)  
56, RUE SAINT-PIERRE, 3<sup>e</sup> ÉTAGE, QUÉBEC (QUÉBEC) G1K 4A1 CANADA

L'IEPF est un organe subsidiaire de l'Organisation internationale de la Francophonie.